

LES PRÉROGATIVES DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR SES BIENS PERSONNELS ET LES BIENS RÉSERVÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue dans la Salle des Actes de la Faculté

le 29 mars 1957, à 16 h. 30

PAR

MICHEL LE GALCHER-BARON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LEMONNIER, Doyen, Professeur.

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. BOUTARD, Professeur.} \\ \text{M. JAMBU-MERLIN, Professeur.} \end{array} \right.$

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1959



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Les prérogatives
de la femme commune en biens
sur ses biens personnels
et les biens réservés**

LES PRÉROGATIVES DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR SES BIENS PERSONNELS ET LES BIENS RÉSERVÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue dans la Salle des Actes de la Faculté

le 29 mars 1957, à 16 h. 30

PAR

MICHEL LE GALCHER-BARON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN



MEMBRES DU JURY :

Président : M. LEMONNIER, Doyen, Professeur.

Suffragants :

}	M. BOUTARD, Professeur.
	M. JAMBU-MERLIN, Professeur.

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1959

PERSONNEL DE LA FACULTÉ

DOYEN :
M. LEMONNIER.

ASSESSSEUR DU DOYEN :
M. YVER.

PROFESSEUR HONORAIRE :
M. DEGOIS.

PROFESSEURS :

- MM. LEPARGNEUR, Professeur de Droit commercial et chargé du cours de Droit maritime.
- LEMONNIER, Professeur de Droit civil et chargé du cours d'Economie et de Législation industrielles.
- PERREAU, Professeur de Droit criminel et Procédure pénale, et chargé d'un cours de Droit pénal approfondi.
- YVER, Professeur d'Histoire du Droit et chargé d'un cours d'Histoire du Droit privé.
- BERLIA, Professeur de Droit constitutionnel et de Droit international public.
- MORANGE, Professeur, chargé des cours de Droit administratif et du cours de Droit constitutionnel et Institutions politiques.
- CARABIE, Professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire des Institutions et des Faits sociaux.
- PLAISANT, Professeur de Droit civil.
- BOUTARD, Professeur de Droit civil et chargé d'un cours de Droit international privé.
- JOLY, Professeur, chargé des Enseignements de la Procédure civile et des Voies d'exécution, et du cours de Droit civil approfondi.
- PASQUIER, Professeur d'Economie politique.
- MARCZEWSKI, Professeur, chargé des cours de Statistique et d'Economie générale.
- NGUYEN QUOC DINH, Professeur, chargé des cours d'Institutions internationales et Institutions financières.
- BARRE, Professeur, chargé d'un cours d'Economie politique.
- CARDASCIA, Professeur, chargé du cours d'Histoire des Institutions et des Faits sociaux.
- LADREIT DE LACHARRIERE, Professeur de Droit administratif.
- JAMBU-MERLIN, Professeur, chargé du Cours de Droit commercial approfondi et de Droit international privé.
- PASSET, chargé de cours d'Economie politique.
- RIOU, chargé de Cours de droit civil.

SECRÉTAIRE :

M. CAUCAL, Secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

INTRODUCTION

1. — Le Code civil de 1804, suivant une tradition qui remontait au xvr^e siècle, mais aussi sous l'influence des mœurs de l'époque, du peu d'instruction des femmes, du rôle effacé qu'elles jouaient dans la vie civile et en raison des idées autoritaires du moment, accordait au mari une suprématie totale dans la direction des affaires du ménage. Le régime de la communauté des meubles et acquêts, le régime des époux mariés sans contrat, en faisait le seigneur et maître de tous les biens du ménage, de la communauté comme des patrimoines propres.

Mais, au cours des xix^e et xx^e siècles, étant donné la nécessité où se trouvaient de nombreuses femmes d'aller chercher au dehors un complément au salaire insuffisant de leur mari, une évolution importante s'est produite dans les mœurs. Les femmes ont alors pris conscience qu'elles étaient des personnes au même titre que l'homme, égales à l'homme, ayant, comme lui, des droits et des responsabilités, et elles ont cherché à obtenir une indépendance sociale, économique, politique et civile. L'indépendance économique a été la première réalisée, les portes du foyer se sont largement ouvertes et les femmes ont envahi des domaines qui jusque-là, étaient réservés aux hommes; aujourd'hui, elles peuvent entreprendre n'importe quelle profession. Les droits politiques leur ont été reconnus par le Gouvernement provisoire de la République, après la deuxième guerre mondiale. Sur le terrain civil, enfin, la loi du 13 juillet 1907 leur a accordé des prérogatives importantes sur leurs salaires; les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ont supprimé la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée, mais ces lois ont laissé subsister les pouvoirs importants du chef du ménage sous le régime de communauté. Dans la plupart des études publiées après la promulgation de ces lois, se retrouve la même constatation que celle formulée dans le Rapport préliminaire à l'avant-projet du Code civil : « A quoi sert d'avoir supprimé en 1938 l'incapacité de la femme mariée si, en laissant tous les biens du ménage sous les pouvoirs du mari, on ne donne pas à la femme l'occasion d'exercer sa capacité. »

La mission principale de la femme dans le ménage est constituée, sans aucun doute, par son activité ménagère qui lui permet d'organiser la vie intérieure de la famille. A ce sujet, la loi du 22 septembre 1942 lui a accordé un pouvoir légal de représentation par lequel elle engage les biens de son mari. Cette solution est imparfaite, car elle apparaît comme une survivance du dogme de l'incapacité de la femme mariée et du principe de la direction unique du mari dans la société conjugale et, en conséquence, elle ne peut être qu'une solution transitoire qui, à partir du mandat tacite, doit nous acheminer vers la reconnaissance d'un pouvoir propre à la femme dans sa fonction domestique (1). Elle n'en constitue pas moins un effort en vue de l'amélioration de la condition juridique de la femme mariée.

Mais cet effort serait lui-même insuffisant s'il ne portait que sur les pouvoirs ménagers. Les modifications apportées dans les mœurs aux XIX^e et XX^e siècles doivent obligatoirement entraîner un grand changement dans la situation des femmes mariées. Il ne suffit pas, en effet, d'accorder à la femme la pleine capacité civile, il convient encore, pour que cette capacité ne soit pas un vain mot, qu'elle soit assortie de pouvoirs.

2. — Traditionnellement, la plupart des auteurs opposent les notions de « capacité » et de « pouvoirs ». « La capacité est l'aptitude à agir valablement pour soi-même, le pouvoir est la puissance d'agir sur le patrimoine d'autrui » (2). Ainsi, le mari, sous le régime de la communauté, a le pouvoir d'administrer la fortune personnelle de sa femme et un défaut de pouvoirs à l'effet d'aliéner les propres immobiliers de son épouse; celle-ci a toujours possédé la capacité de jouissance, c'est-à-dire l'aptitude à être ou non titulaire d'un droit (3), mais le Code civil de 1804 lui refusait la capacité d'exercice, c'est-à-dire l'aptitude à exercer seule les droits dont elle pouvait être titulaire (4).

Cependant, l'opposition entre la « capacité » et « le pouvoir » n'est peut-être pas aussi tranchée qu'on veut bien le dire. La doctrine classique énonçait en trois affirmations qui se sont révélées en partie inexactes, l'opposition entre les deux notions (5) :

— la capacité ne peut être modifiée que par la loi, tandis que les individus peuvent par des conventions modifier leurs pouvoirs;

(1) Voir Jacques BOUTARD, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse Caen, 1946.

(2) RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 2150; comp. JOSSERAND, T. I, n° 305; Renée NILLUS, *Capacité et pouvoirs de la femme mariée en Allemagne et en France*, thèse Paris, 1937; HOUIN, « Les incapacités », *Rev. trim. dr. civ.*, 1947, pp. 397 et suiv.

(3) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. I, n° 38.

(4) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. I, n° 39.

(5) Colette SAUJOT, *La pénétration des idées séparatistes dans les régimes communautaires*, thèse Paris, 1954, pp. 170 et suiv.

— les juges ont la faculté de relever un incapable de son incapacité, ils ne peuvent pas suppléer à un défaut de pouvoir;

— la sanction de l'acte passé par un incapable est une nullité, la sanction de l'acte passé sans pouvoirs est une inopposabilité.

S'il est toujours vrai que la capacité ne peut être modifiée que par la loi, à l'opposé, les individus ne peuvent pas, dans tous les cas, modifier leurs pouvoirs par des conventions. C'est ainsi que l'article 1388 du Code civil dispose que les époux ne peuvent déroger aux pouvoirs que le mari tient de sa qualité de chef de la communauté, ni à ceux que la femme tient de l'exercice d'une profession séparée.

La loi du 22 septembre 1942 a permis au juge, dans l'article 219 du Code civil, de relever un époux d'un défaut complet de pouvoir, et dans l'article 217 du Code civil de compléter ses pouvoirs insuffisants.

Enfin, si le principe reste bien que la sanction de l'acte passé sans pouvoirs est une inopposabilité alors que l'acte passé par un incapable est sanctionné par une nullité, il faut remarquer que, dans certains cas, l'inopposabilité aboutit aux mêmes conséquences pratiques que la nullité. Ainsi, lorsque la femme commune en biens aliène un bien commun, son aliénation est inopposable au mari, mais si celui-ci revendique le bien, son action amène une annulation de la vente.

Aussi, dans des ouvrages récents, certains auteurs sont revenus sur l'opposition entre la « capacité » et le « pouvoir », en définissant ce dernier comme « la prérogative de gérer, d'administrer des biens. Cette prérogative appartient, en principe, au propriétaire : elle est parfois conférée à autrui ; le propriétaire se trouve alors sans pouvoir » (6). C'est cette définition que nous adopterons, nous proposant d'étudier, à propos de la femme commune en biens, « le pouvoir de gérer ses biens, c'est-à-dire de les administrer et d'en disposer » (7).

3. — En effet, s'il est un patrimoine où, par excellence, doit se manifester, selon le but même de l'avant-projet du Code civil, plus de justice, plus de liberté et plus d'égalité, c'est bien le patrimoine personnel de la femme. Avant de lui reconnaître des pouvoirs sur les biens du ménage qui proviennent de l'activité commune des époux, il importe de l'associer à la gestion des biens qui lui viennent de sa famille et sur lesquels elle a déjà un droit de propriété. Ne pas lui reconnaître de pouvoirs sur ces biens, revient à la laisser sous la dépendance étroite de son mari, à faire d'elle une éternelle mineure qui, en se mariant, sort le plus souvent de la tutelle de ses parents pour tomber sous celle du chef de famille.

(6) MM. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. II, n° 226.

(7) MM. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. I, n° 1132.

Et il en est de même des biens qui proviennent de l'activité séparée de la femme mariée. Ils ont pour origine son labeur personnel et il serait injuste de les laisser à la libre disposition du mari. De nombreuses raisons pratiques condamnent d'ailleurs une telle solution. En effet, il arrive fréquemment que la femme doive payer des dettes plus importantes que les dettes de fournisseurs et qu'il n'est pas coutume de solder au jour le jour. Lorsqu'elle entreprend l'exercice d'une profession, surtout commerciale, elle débute souvent avec peu, mais elle espère augmenter le champ de son activité en réalisant des économies. D'ailleurs, si on l'obligeait à remettre périodiquement au mari les bénéfices réalisés, il ne fait aucun doute qu'elle aurait la tentation de les dissiper pour les soustraire aux pouvoirs du chef de la communauté. Enfin et surtout, étant donné qu'il est impossible de ne pas lui permettre de toucher ses gains et salaires, de nombreuses difficultés ne manqueraient pas de surgir entre les époux pour savoir quand seraient constituées des économies et à quelle époque elles devraient être remises au mari.

Intimement liés au travail personnel de la femme, les biens réservés doivent donc avoir une condition juridique spéciale, distincte de celle des biens communs ordinaires, et qui s'apparente à celle des biens personnels. C'est d'ailleurs ce que sous-entend l'article 1462 du Code civil en décidant que « lorsqu'elle renonce à la communauté, la femme qui exerce une profession séparée de celle de son mari conserve ses biens réservés francs et quittes de toutes charges autres que celles dont ils sont grevés en vertu de l'article 225 ».

4. — La reconnaissance à la femme mariée de pouvoirs tant sur son patrimoine personnel que sur les gains et salaires qu'elle peut réaliser dans l'exercice d'une profession séparée soulève cependant de nombreuses difficultés, car sa mission s'intègre dans la vie de la société conjugale où deux êtres ont la responsabilité de la cellule familiale. Les deux époux qui, jusque-là, formaient des entités avec leurs goûts et leurs habitudes propres, viennent fusionner au point de ne plus former qu'une unité, le ménage, où les pouvoirs du mari et de la femme doivent se compléter, s'harmoniser, mais ne pas être concurrents, sous peine d'aboutir à l'anarchie et à la désunion. « Dans toute société de quelque durée qui veut parfaire son œuvre, il importe que les tâches soient bien réparties et la direction organisée. Plus encore à cette union si profonde et irrévocable qui va fonder un foyer, faut-il, avec une juste distribution des rôles, une discipline sûrement établie et le pouvoir dirigeant d'un chef » (8).

(8) LEFEBVRE, *Le droit des gens mariés*, p. 441; comp. Henri MAZEAUD, « Une famille sans chef », D. 1951, Chron., pp. 141 et suiv.

Nécessaire à la durée et au sain gouvernement de la famille, la prééminence de l'un des époux est particulièrement forte sous le régime de la communauté. L'association des intérêts pécuniaires des époux y entraîne sur leurs patrimoines propres un droit d'administration et de jouissance qui est exercé par le mari. Ce droit a pour but et pour raison d'être la contribution des époux aux charges du ménage qu'il réalise d'une manière automatique, évitant ainsi les nombreuses difficultés que cette contribution fait surgir sous le régime de séparation de biens où, à défaut de clause expresse contenue dans le contrat de mariage, chacun des époux contribue aux dépenses communes proportionnellement à ses facultés. Principe essentiel du régime de communauté, le droit d'administration et de jouissance est aussi conforme à l'intérêt du ménage en simplifiant les rapports entre époux, conforme à l'intérêt des tiers, créanciers du ménage, qui savent à quel époux s'adresser pour être payés et qui n'ont à redouter aucune fraude de la part des conjoints, conforme, enfin, à la nature même du mariage où à l'union des personnes doit correspondre une union des biens.

Mais ce principe, que les époux ne peuvent modifier au cours de leur union, risque de gêner considérablement la reconnaissance de pouvoirs à la femme sur ses biens personnels. Sa liberté d'action ne doit pas porter atteinte aux droits de la communauté et elle est tenue de respecter les pouvoirs d'administration et de jouissance que le régime matrimonial reconnaît au mari.

5. — Aussi, toute l'évolution du régime de communauté s'est-elle faite dans le sens d'un affermissement toujours plus important des pouvoirs du mari sur les biens de son épouse et ce n'est qu'à partir du XIX^e siècle, que s'est véritablement posé le problème du sort des gains et salaires réalisés par la femme dans l'exercice d'une profession séparée.

Dans la communauté coutumière du XIII^e siècle, le mari jouissait des immeubles de sa femme, il les administrait et les exploitait sa vie durant comme il l'entendait. Mais il ne pouvait, en aucun cas, les aliéner ou les grever de charges réelles sans le consentement de son épouse. « Mes voirs, nous dit Beaumanoir, est que le tresfons de l'éritage qui est de par la fame ne puet li mari vendre, se ce n'est de l'octroi et de la volonté de sa fame » (9). Si le chef du ménage outrepassa ses droits, à la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers ont la faculté de revendiquer le bien aliéné (10). Pratiquement, d'ailleurs, à cette époque, c'est la femme qui accomplit elle-même des actes de disposition sur son patrimoine personnel avec l'assentiment du mari qui peut inter-

(9) BEAUMANOIR, *Coutumes du Beauvaisis*, T. I, p. 309, § 622; voir aussi *Jostice et Plet*, p. 173, § 4.

(10) *Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. X, éd. Planiol, p. 96; *Somme rurale*, II, 23; *Livre des droiz et commandements*, n° 581.

venir plusieurs années après l'aliénation. La coutume exige seulement l'accord des époux, quelle que soit la forme sous laquelle il se manifeste.

Les textes (11) prouvent de manière indiscutable que la femme mariée est pleinement capable et que les restrictions à ses pouvoirs sur son patrimoine personnel n'existent qu'en raison des nécessités de l'association conjugale. La collaboration des deux époux aux actes les plus importants que nécessite la gestion du patrimoine de la femme se retrouve aussi pour les biens personnels du mari. Les actes de disposition sur le patrimoine du mari ne peuvent, en effet, se conclure définitivement à moins que la femme n'y consente. Le mari possède bien sur eux un droit de propriété mais, dès le jour du mariage, la femme acquiert un droit de viage, le douaire. Ce droit qui est légal depuis le commencement du XIII^e siècle, frappe pour moitié, dans la coutume de Paris, tous les immeubles que le mari possédait au jour de son mariage ou qui lui sont advenus durant l'union par succession. Ainsi « s'il avient qu'un hons vende éritage au tans de sa fame et la fame ne veut renoncier a son douaire, li hons puet garantir le marchié au vivant de li maugré sa fame. Et, se la fame muert avant de l'homme, il le garantist a tous jours ; et se li hons muert avant, la fame en porte son douaire » (12).

Surtout, si la femme est dans l'obligation de se faire autoriser par son mari pour passer un contrat sur ses biens personnels, c'est uniquement en raison de la puissance maritale. En conséquence, lorsque cette puissance maritale disparaît, cesse aussi pour la femme la nécessité de se faire autoriser. Elle a la possibilité d'engager ses propres pour le temps où le mariage sera dissous (13) et, au cours de l'union, elle est investie de tous les droits et actions de la communauté ou des patrimoines propres chaque fois que le mari, gérant naturel et légal de la société conjugale, vient à être absent ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté (14). Elle remplit alors la place du chef qui est restée vacante et, si celui-ci revient d'exil ou recouvre la raison, elle n'est tenue de rendre aucun compte car elle a exercé à sa place, mais en son nom propre, les larges pouvoirs qui sont l'apanage de la puissance maritale.

La communauté, au XIII^e siècle, repose donc essentiellement sur une collaboration des époux, collaboration qui ne se manifeste pas seulement par l'existence d'une masse commune partagée par moitié à la dissolution du ménage, mais aussi par la pratique

(11) BEAUMANOIR, *op. cit.*, T. II, p. 182.

(12) BEAUMANOIR, *op. cit.*, T. I, p. 209, § 433; *Jostice et Plet*, V, § 1; LOISEL, *Institutes coutumières*, I, 3, n° 5.

(13) BEAUMANOIR, XLIII, 27, LXV, 17, LXX, 7; *Livre des droiz et commandements*, n° 682.

(14) BEAUMANOIR, XLIII, 28, XLIV, 19.

constante des actes passés en commun. Si le mari est le chef et se trouve, en conséquence, chargé d'administrer tous les biens du ménage pour leur faire produire le maximum de fruits afin de pourvoir à l'entretien de la famille, la femme n'en est pas moins capable d'effectuer seule des actes juridiques sur son patrimoine personnel et sa subordination n'est qu'une règle de discipline domestique (15).

Mais cette situation qui paraissait donner pleine satisfaction et qui était en harmonie avec la conception du mariage, fut de courte durée ; l'inégalité, d'abord peu accentuée entre le mari et la femme, devait rapidement s'amplifier et la situation du mari devenir prépondérante. Avec la renaissance du droit romain, la condition de l'épouse allait subir une régression juridique, due aux données d'infériorité et d'incapacité féminines issues de Rome et aggravées par le droit de Justinien. Sous le prétexte maintes fois répété de la *fragilitas sexus*, on s'inquiéta vraiment de la faiblesse des femmes et on se méfia plus encore du mari pour mieux sauvegarder leurs intérêts propres. Cette évolution, préparée assez obscurément par les ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, allait trouver son point d'aboutissement dans les coutumes rédigées du ^{xvi}^e siècle.

Les pouvoirs du mari sur les propres de la femme sont alors importants. Dumoulin et, à sa suite, la doctrine de notre ancien droit les comparent à ceux d'un usufruitier et à ceux d'un père sur les biens adventices survenus à son fils (16). La femme, frappée d'une incapacité par l'effet même du mariage, ne peut disposer de ses propres, ni s'engager par des contrats, ni ester en justice sans l'autorisation et l'assistance effective de son mari (17). Elle ne peut faire seule que son testament parce que, comme l'explique Bourjon, « si elle vit comme esclave, elle meurt comme libre » (18). D'autre part, si elle s'engage par ses délits, leurs conséquences pécuniaires ne peuvent atteindre la communauté, elles ne portent que sur la nue-propriété des biens propres (19). Enfin, l'incapacité de la femme mariée existe même si le mari est absent ou inca-

(15) Voir Edmond MARCOU, *De l'autorisation maritale au XIII^e siècle comparée à celle du Code civil*, 1900 ; SIRAMY, *Etude sur les origines, les caractères de l'autorisation maritale dans l'histoire du droit français*, 1901 ; TYPALDO-BASSIA, *La communauté de biens conjugale dans l'ancien droit français* ; LEFEBVRE, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*, 1908 ; OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, 1926.

(16) DUMOULIN, *Les coutumes générales et particulières de la France et des Gaules*, Paris, 1615. In cons. Paris sur l'art. 21, gl. 1, n^{os} 24, 26, 27 ; POTHIER, *Traité de la communauté*, nouv. éd., Letellier, Paris, 1806, n^{os} 86 et suiv.

(17) A.C. Paris, art. 105-106 ; N.C. Paris, art. 223-224, 234.

(18) BOURJON, *Le droit commun de la France*, T. I, p. 590, n^o 40.

(19) BOURJON, T. I, p. 590, n^{os} 41-43, p. 570, n^{os} 29-30 ; LAMOIGNON, *arrêtés* n^{os} 34 et 35 ; POTHIER, n^{os} 257 et 258 ; cf. les art. 200 et 201 de la coutume d'Orléans.

pable (20) ; même mineur, le mari peut autoriser sa femme majeure (21), et s'il est absent ou fou, la femme doit recourir à l'autorisation supplétive de la justice. Il n'y a d'exceptions à ces règles que pour sortir le chef du ménage de prison ou, si celui-ci est absent, pour établir les enfants nés du mariage (22), ou pour les actes juridiques nécessaires à l'exercice d'un commerce séparé qui engageant la communauté de même qu'ils lui profitent le cas échéant (23).

Les premiers projets de Code civil élaborés sous la Révolution, appliquant les principes de liberté et d'égalité, entendaient supprimer et l'incapacité de la femme mariée et la puissance maritale. A propos des patrimoines propres des époux, les deux premiers projets Cambacérés déposés à la Convention nationale, l'un le 9 août 1793 (24), l'autre le 9 septembre 1794 (25), disposaient : « Les époux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens. Tout acte comportant vente, engagement, obligation ou hypothèque sur les biens de l'un ou l'autre n'est valable s'il n'est consenti par l'un et l'autre des époux. Les actes ayant pour objet de conserver les droits communs ou individuels des époux peuvent être faits séparément par chacun d'eux. » Mais, devant les attaques dirigées contre ces projets, Cambacérés, lui-même, devait revenir aux solutions existantes à la fin de l'Ancien Régime et son troisième projet présenté au Conseil des Cinq-Cents en messidor an IV (26) confiait au mari l'administration et la jouissance de tous les patrimoines du ménage.

Le Code civil de 1804, fidèle à la tradition de notre ancien droit, reprit à son compte et l'incapacité de la femme mariée et le principe de l'unité d'administration et de jouissance de tous les biens du ménage entre les mains du mari. Il consacra dans ses articles 1428, 1429 et 1430 les pouvoirs du chef de la communauté sur les biens de la femme, tels qu'ils existaient à partir du XIV^e siècle et l'article 217 stipulait que « la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ». La femme commune en biens ne disposait alors d'aucun pouvoir réel sur son patrimoine personnel dont la valeur diminuait sans cesse, les biens mobiliers

(20) DUMOULIN, *op. cit.* In *cons.* Paris, art. 25, n° 12 (p. 478) ; POTHIER, *Puissance du mari*, n° 25-27.

(21) BOURJON, T. I, p. 580, n° 16-18.

(22) BOURJON, T. I, pp. 585-586, n° 10-14.

(23) BOURJON, T. I, p. 585, n° 7 ; FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, T. III, p. 359, n° 3 et suiv. ; POTHIER, *Puissance du mari*, n° 62.

(24) FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, T. I, p. 20.

(25) FENET, T. I, p. 114.

(26) FENET, T. I, p. 156 ; il en était de même du projet Jacqueminot présenté à la Commission législative du Conseil des Cinq-Cents le 30 frimaire, an VIII (FENET, T. I, p. 439).

qui tombent en communauté prenant de plus en plus d'importance par rapport aux immeubles qui restent propres. Le mariage qui aurait dû se traduire par une union, une collaboration étroite de l'homme et de la femme pour faire vivre le ménage dans les meilleures conditions possibles, mettait au premier plan le mari sur lequel se trouvaient concentrés tous les pouvoirs tant personnels que patrimoniaux.

L'évolution profonde des idées et des mœurs depuis 1900 devait soulever chez certains auteurs des protestations très vives contre le régime traditionnel. De nombreuses tentatives de réforme du régime matrimonial de droit commun se sont succédées et toutes ont été inspirées par le désir de ne plus voir la capacité de la femme mariée dont la reconnaissance apparaissait indispensable, « se perdre ou s'épuiser, comme l'eau dans les sables au travers des dédales savants de la communauté » (27).

Sous l'empire du Code civil de 1804, la femme commune en biens ne disposait d'aucun pouvoir sur les gains qu'elle pouvait réaliser dans l'exercice d'une profession séparée car ces biens, meubles ou immeubles, étant acquis à titre onéreux durant le mariage, faisaient partie de la communauté et, à ce titre, étaient soumis, aux termes de l'article 1421 du Code civil, aux pouvoirs exclusifs du mari. C'était à celui-ci de les percevoir et, seul, il avait qualité pour en donner quittance, la femme ne pouvant les toucher elle-même qu'en vertu d'une procuration expresse ou d'une tolérance de fait qui équivalait à un mandat tacite.

Ce fut la loi du 13 juillet 1907 qui, la première, ébranla le régime légal de communauté. La réforme qui était directement inspirée de la législation allemande et de certains cantons suisses, supprimait l'incapacité de la femme mariée pour tous les actes juridiques concernant les biens acquis dans l'exercice d'une activité distincte de celle du mari et lui ouvrait, en même temps, le droit de passer des contrats sur les produits de son travail. Cette loi, nettement imprégnée de principes séparatistes, altérait profondément les régimes communautaires, en accordant une indépendance absolue sur certains biens à la femme, contrairement au principe de collaboration, caractéristique originaire du régime de communauté.

La loi du 13 juillet 1907 ne devait normalement constituer qu'une étape, cette première réforme devant être suivie d'une refonte complète du régime matrimonial de droit commun. Dès le 10 juin 1920, le sénateur Martin proposait de remplacer la communauté des meubles et acquêts par le régime de la séparation de biens pure et simple en raison de l'impossibilité d'accorder sous le régime de la communauté, le principe de la capacité de

(27) CHOTEAU, « La réforme des régimes matrimoniaux », *Mélanges Ripert*, 1950, T. I, p. 456.

la femme mariée avec les pouvoirs du mari, administrateur unique des patrimoines propres. Ce projet ne fut pas discuté, mais le 23 juin 1932 le garde des Sceaux, M. René Renoult, déposait sur le bureau du Sénat un nouveau projet de loi, portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée et aux régimes matrimoniaux (28). La transformation proposée était radicale. Le régime de communauté était relégué au nombre des régimes conventionnels et le nouveau régime légal était un système inconnu de la pratique qui était emprunté à la loi suédoise du 11 juin 1920, le régime de participation aux acquêts. Les principes directeurs de ce nouveau régime furent exposés à la commission de législation de l'Assemblée : « Le projet a cherché à établir un régime qui, tout en assurant l'égalité des époux, leur permet néanmoins de participer aux économies réalisées en commun, aux biens acquis par le travail, l'industrie ou l'activité de chacun d'eux. Le régime de participation aux acquêts atteint ce double but. Il supprime toute indivision entre les conjoints. Ceux-ci n'ont plus, pendant toute la durée du mariage, que des biens propres qu'ils administrent librement et parmi lesquels figurent tous ceux qu'ils ont acquis pendant le mariage. Lorsque celui-ci vient à se dissoudre, on établit le compte des acquêts dont chacun des époux est et demeure propriétaire en nature et l'on procède à un partage en valeur des acquêts ainsi estimés » (29).

En dépit de son désir de concilier l'indépendance de la femme mariée avec l'union des intérêts des époux, ce projet rencontra une vive opposition au Sénat qui ne reprit que la partie consacrée à la réforme de l'incapacité de la femme mariée. La loi du 18 février 1938 se caractérisa par le respect intégral des régimes matrimoniaux. La partie disjointe du projet René Renoult fut cependant reprise devant le Sénat en 1939 mais cette Assemblée, suivant les directives élaborées par la Société d'études législatives (30), proposa comme régime de droit commun le régime de la communauté réduite aux acquêts (31). La promotion de la femme s'y traduisait essentiellement par la possibilité d'obliger la communauté dans de nombreux cas : par ses dettes délictuelles, par les dettes assumées pour éviter au mari l'exécution de la contrainte par corps ou pour établir ses enfants, par ses dettes professionnelles ou par les dettes contractées en cas de nécessité

(28) *Doc. parl. Sénat*, 1932, Annexe n° 594; cf. aussi : PERRET, *Les projets de réforme du régime matrimonial de droit commun*, thèse Lille, 1934; CHOTEAU, précité, *Mélanges Ripert*, T. I, pp. 459-461.

(29) *Doc. parl. Sénat*, 1933, p. 326, Annexe n° 404.

(30) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1939, p. 86.

(31) *Déb. parl. Sénat*, 1939, p. 529; Pierre VOIRIN, « Notes parlementaires de droit civil du 13 mai au 18 juillet 1939 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, pp. 851 et suiv.; CHOTEAU, article précité, *Mélanges Ripert*, T. I, pp. 461-463.

avec l'autorisation de justice. Mais le mari conservait l'administration et la jouissance des propres de son épouse, celle-ci n'engageait leur pleine propriété que pour les dettes antérieures au mariage ou pour les dettes successorales, et encore à charge de récompense de la valeur de l'usufruit dont la communauté était frustrée. Enfin, le régime des biens réservés de la femme était maintenu et même étendu aux gains antérieurs au mariage qui constituaient des biens propres réservés.

Ce projet, adopté par le Sénat le 13 juin 1939, se serait certainement transformé en loi si les événements mondiaux n'avaient interrompu l'activité législative. Les circonstances nées de la guerre devaient cependant faire apparaître la nécessité d'un complément à la loi du 18 février 1938. Ce fut l'œuvre de la loi du 22 septembre 1942 qui tend, dans une certaine mesure, à faire de la femme une véritable associée du mari dans la gestion des biens communs. Cette loi augmente aussi les pouvoirs de la femme commune sur ses gains et salaires en les assimilant à ceux de la femme séparée de biens sur ses biens personnels, mais elle ne modifie pas les textes du Code civil relatifs à la gestion des propres.

6. — La réforme de 1942 doit prendre, dans l'étude des pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel et sur les biens réservés, une importance toute particulière. Elle doit permettre de confronter avec les principes communautaires la capacité de la femme mariée et cela, dans un domaine où cette capacité doit obligatoirement avoir le plus de répercussions. Et c'est pour cette raison que nous avons songé à faire une étude complète de la question.

Rapidement, nous nous sommes trouvés en présence d'études remarquables sur ce problème. Notamment, M. Fréjaville, dans une série d'articles, a analysé les répercussions de la capacité de la femme mariée sous le régime de communauté (32). La perfection de ce travail semblait, à première vue, décourager tout examen nouveau du problème. C'eût été cependant oublier que plus de dix ans se sont écoulés depuis la publication de ces études doctrinales et qu'une jurisprudence assez abondante a commencé à se former. D'autre part, la loi du 22 septembre 1942 a été considérée par la doctrine comme une étape nécessaire mais insuffisante qui devait aboutir à une réforme complète du régime matrimonial de droit commun. L'élaboration de projets de réforme qui avait été interrompue par la guerre, a repris depuis 1946. A cette époque, le président Monnerville déposait sur le bureau du Conseil de la République une proposition de résolution qui reprenait

(32) Voir notamment FRÉJAVILLE, « Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours du mari », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, pp. 223 et suiv.; « L'option héréditaire de la femme mariée », *D.* 1945, *Chron.*, p. 29.

les principes directeurs du projet René Renoult et adoptait comme régime matrimonial légal le régime de participation aux acquêts (33). En 1948, Mme Devaud demandait la création d'une commission mixte composée de parlementaires membres des commissions de législation des deux Assemblées, des délégués des associations féminines familiales les plus représentatives, de juristes et de fonctionnaires, à l'effet d'étudier la réforme du livre III, titre V, du Code civil. Mme Devaud était convaincue que cette commission doublement mixte puisqu'elle devait comprendre autant de personnalités étrangères au Parlement que de parlementaires, et autant d'hommes que de femmes, se prononcerait en faveur de l'adoption du régime de participation aux acquêts. Cet appel n'ayant pas été entendu par le gouvernement, deux propositions de loi, l'une de Mme Poinot-Chapuis, l'autre de M. Cailavet étaient déposées en 1951, sur le bureau de l'Assemblée nationale ; toutes deux, avec des modalités diverses, réclamaient l'établissement du régime de participation aux acquêts comme régime de droit commun (34).

Surtout, répondant au vœu émis par l'Association Henri Capitant, le Gouvernement provisoire de la République créa par décret le 7 juin 1945 une commission chargée de la réforme du Code civil et, en 1955, cette commission a publié le livre préliminaire et le livre premier d'un avant-projet de Code civil, contenant notamment une réforme des régimes matrimoniaux (35). Selon l'expression même du président de la commission, « les dispositions du projet relatives à la position respective de l'époux et de l'épouse dans le mariage ont soulevé des discussions longues et souvent passionnées » (36). Une partie des membres de la commission préconisait l'adoption du régime de participation aux acquêts comme régime légal, mais finalement la majorité a estimé que cette réforme « se heurterait à nos traditions, qu'elle trouverait une opinion publique mal préparée, qu'elle était prématurée » (37). Il fut donc décidé que serait maintenu comme régime matrimonial de droit commun le régime de communauté, mais un régime de communauté modifié, amélioré, le patrimoine commun étant réduit aux acquêts et où, suivant les cas, les principes séparatistes ou les principes communautaires prédomineraient. L'avant-projet consacre purement et simplement les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel, tels que les auteurs et la jurisprudence les ont dégagés depuis 1942

(33) Marie-Elisabeth CONS, *La réforme du régime matrimonial de droit commun - Le projet Monnerville de 1946*, thèse Paris, 1950.

(34) Il convient aussi de citer le 52^e Congrès des notaires tenu à Biarritz en juin 1953, qui a étudié « Le statut juridique de la femme mariée ».

(35) Avant-projet de Code civil, Sirey, 1955.

(36) Rapport préliminaire, p. 35.

(37) Rapport préliminaire, p. 38.

et il exige son consentement pour certains actes d'administration passés par le mari sur ses propres. Il supprime la catégorie juridique des biens réservés mais laisse à la femme le droit de percevoir ses gains et salaire et d'en disposer librement.

Actuellement, nous nous trouvons donc à un tournant important de l'histoire de notre droit matrimonial. Les hésitations qui depuis le but du ^{xx}^e siècle se sont manifestées entre l'adoption d'un régime à tendance séparatiste et le maintien du régime de communauté ont eu toutes pour origine le désir d'accroître le rôle de la femme mariée dans le ménage. Dans l'esprit des auteurs de l'avant-projet du Code civil, le régime de communauté devra un jour céder la place au régime de participation aux acquêts. Séparation de biens durant le mariage, communauté après la dissolution, tel semble devoir être le point d'aboutissement d'une évolution des régimes matrimoniaux, seul susceptible de permettre d'assortir la capacité de la femme de pouvoirs tant sur son patrimoine personnel que sur les gains et salaires réalisés dans l'exercice d'une profession séparée. Débordant la simple analyse des textes législatifs et de la jurisprudence, il nous a paru intéressant de rechercher si cette évolution était inéluctable ou si, au contraire, il n'était pas possible de concilier les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel et sur les biens réservés avec les principes communautaires.

Exposer toute la construction juridique qui s'est élaborée sur le problème des pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel et sur les biens réservés, rechercher si l'état de chose actuel est satisfaisant ou si, plutôt, une réforme doit être envisagée et dans quel sens elle doit avoir lieu, tel est donc le but que nous nous proposons de poursuivre dans cette étude. Il nous reste maintenant à indiquer la méthode que nous entendons suivre pour l'atteindre. Elle s'est imposée à notre esprit aussi bien à la lecture des arrêts de jurisprudence et des articles doctrinaux qu'à l'étude de l'évolution historique du régime matrimonial de droit commun.

7. — Actuellement encore, la plupart des époux ne font pas précéder leur union d'un contrat de mariage et ils sont donc soumis à un régime de communauté fonctionnant à l'état pur, c'est-à-dire tel qu'il est régi par les textes du Code civil dont les solutions sont directement issues de notre ancien droit. Il en est de même, d'ailleurs, du régime de la communauté réduite aux acquêts, ce régime ne différant du régime légal que quant à la composition des divers patrimoines, les pouvoirs des époux étant les mêmes sous les deux régimes. Aussi, toute étude des pouvoirs de la femme sur son patrimoine personnel implique une confrontation de ces pouvoirs avec les principes communautaires, confrontation seule susceptible de montrer s'il est possible d'accorder une capacité réelle à la femme mariée, sans faire appel à des principes séparatistes.

Mais si on examine, même superficiellement, l'évolution de la condition juridique de la femme commune en biens depuis 1804, on s'aperçoit que tous les pouvoirs qui lui ont été accordés, l'ont été au moyen de l'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté. Le cas le plus net est certainement constitué par les pouvoirs de la femme commune en biens sur le patrimoine réservé. La loi du 13 juillet 1907 décidait dans son article premier que « sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage, la femme a, sur les produits de son travail personnel et sur les économies en provenant, les mêmes droits d'administration que l'article 1449 donne à la femme séparée de biens ». L'article 224 du Code civil, dans sa rédaction de 1942, dispose, lui aussi, que « lorsque la femme exerce une profession séparée de celle de son mari, les biens acquis par l'exercice de son activité professionnelle sont, sous tous les régimes, réservés à son administration et à sa jouissance pendant la durée du mariage. Elle a sur les biens qui lui sont ainsi réservés les droits de disposition que la femme séparée de biens par contrat possède sur ses biens personnels ».

De même, lorsque la femme exerce une profession séparée, ses pouvoirs sur son patrimoine personnel se trouvent augmentés par le mécanisme de l'introduction de principes séparatistes sous le régime de la communauté. En effet, d'après l'article 5, alinéa 2, du Code de commerce, « les actes à titre onéreux par lesquels elle dispose de ses biens personnels pour les besoins de son commerce ont leur entier effet à l'égard des tiers et le mari ne peut opposer à ceux-ci les droits d'administration et de jouissance que le contrat de mariage lui donne sur les biens de la femme ». Ainsi disparaît une des caractéristiques essentielles du régime de communauté, le droit d'administration et de jouissance du mari sur les propres de son épouse.

Enfin, il ne faut pas oublier que l'article 1387 du Code civil laisse une grande liberté aux futurs époux dans l'élaboration de leurs conventions matrimoniales. Tout en conservant l'essence même du régime de communauté, les futurs conjoints peuvent y introduire des principes séparatistes. C'est ce qui se produit assez fréquemment par l'adoption du régime de séparation de biens avec société d'acquêts. Ce régime a pour but, là encore, d'accroître les prérogatives de la femme mariée, en rapprochant ses pouvoirs sur son patrimoine personnel de ceux de la femme séparée de biens.

Ainsi, actuellement, s'il reste vrai que la plupart des unions se trouvent régies par les principes communautaires, il faut néanmoins constater que les principes séparatistes tendent à les supplanter, ou, tout au moins, à les annihiler. Nous estimons donc que l'étude complète que nous avons entreprise ne peut se faire qu'en distinguant, d'une part les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel et les principes communau-

taires, d'autre part les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel et sur les biens réservés et les principes séparatistes. Cette méthode, outre qu'elle est imposée par l'évolution historique du régime légal, nous permettra de mieux dégager la compatibilité ou l'incompatibilité des pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel et sur les biens réservés avec les principes communautaires. Ainsi pourrions-nous émettre un jugement sur les dispositions de l'avant-projet du Code civil et éclairer, dans la mesure du possible, le chemin conduisant à une réforme du régime matrimonial de droit commun.

PREMIERE PARTIE

Les pouvoirs de la femme commune en biens et les principes communautaires

8. — Depuis que les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ont accordé la pleine capacité civile à la femme mariée, celle-ci doit pouvoir agir seule et contracter dans des conditions qui lui permettent d'exercer librement sa capacité. Et nous avons déjà constaté que s'il est un domaine où, par excellence, doit se manifester l'aptitude juridique de la femme, c'est bien le patrimoine dont elle est propriétaire.

Mais le régime légal de la communauté des meubles et acquêts ou le régime conventionnel de la communauté réduite aux acquêts reposent traditionnellement sur un certain nombre de principes qui risquent d'entraver la liberté d'action de la femme. Ces deux régimes, en effet, entendent assurer au plus haut point et l'association des intérêts pécuniaires des époux et la prééminence de l'un d'entre eux, le mari, chef de la communauté.

Les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel ne peuvent, certes, être les mêmes pour tous les actes qu'elle entend accomplir, chaque catégorie d'actes ayant sa finalité propre. Il n'en reste pas moins qu'au-delà de ces divergences, les principes généraux du régime de communauté doivent être dégagés afin de mieux mettre en relief la compatibilité ou l'incom-

patibilité de ce régime avec la capacité civile de la femme mariée. Aussi croyons-nous nécessaire d'étudier, dans un titre préliminaire, les principes qui sont de l'essence même du régime de communauté et qui ne peuvent subir une atteinte sans que le régime lui-même en soit dénaturé.

Ce n'est qu'après cette étude, que nous pourrons aborder l'examen détaillé des actes que la femme est susceptible d'accomplir en tant que propriétaire de son patrimoine. Nous éliminerons cependant les actes d'administration qui font partie intégrante des pouvoirs du chef de la communauté et pour lesquels la femme est totalement dépourvue de pouvoirs, ne faisant que donner l'explication de cette règle juridique dans le titre préliminaire. Restent alors les actes de disposition et les acquisitions, que ces actes soient accomplis à titre onéreux ou à titre gratuit, et qui feront l'objet de deux titres distincts; enfin, l'exercice des actions en justice relatives au patrimoine propre de la femme sera examiné dans un dernier titre.

TITRE PRELIMINAIRE

LES PRINCIPES COMMUNAUTAIRES

9. — Tout régime matrimonial réalise une association des intérêts pécuniaires des époux car elle est une conséquence de la communauté de vie, mais cette association est plus ou moins intense selon les régimes. Sous le régime de séparation de biens, elle résulte seulement de la contribution par la femme aux charges du ménage avec ses ressources personnelles et de l'obligation solidaire des époux pour les dettes contractées dans l'intérêt du ménage, qui a été dégagée par la jurisprudence. Le régime de communauté réalise une association beaucoup plus étroite puisqu'il implique une union des patrimoines sous une direction unique, celle du mari, cette union se concrétisant, à l'égard des patrimoines propres, par l'existence d'un droit de jouissance au profit de la communauté. La femme commune en biens, désormais capable, peut en principe accomplir n'importe quel acte juridique, mais elle ne doit pas porter atteinte à l'intérêt de la famille, elle doit respecter les pouvoirs du chef de la communauté sur ses biens personnels. Ainsi, concilier la capacité de la femme avec le droit de jouissance, apparaît-il comme l'objet principal qui doit guider toute étude des pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel.

10. — Mais, à côté du droit de jouissance de la communauté, la femme qui désire mettre en pratique sa capacité, se heurte encore à la présomption d'acquêts édictée par les articles 1402 et 1499 du Code civil. Tous les biens, meubles ou immeubles, sont réputés communs à moins que l'un des époux ne fasse la preuve de leur caractère propre. Cette règle n'est-elle pas de nature à

gêner considérablement l'exercice par la femme de sa capacité puisque, pour chaque acte qu'elle veut accomplir sur son patrimoine personnel, elle doit renverser la présomption aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard du mari ? Cette présomption constitue un principe fondamental du régime de communauté car elle vise à assurer le crédit du ménage en déchargeant les créanciers du patrimoine commun de toute preuve sur le droit de propriété; elle leur permet de saisir n'importe quel bien, sauf aux époux à prouver le caractère propre.

11. — Enfin, la loi du 22 septembre 1942, dans les articles 217 et 219 du Code civil, a permis aux époux d'augmenter les pouvoirs que le régime matrimonial leur accorde en recourant à la justice pour accomplir certains actes conformes à l'intérêt de la famille. Cette autorisation ou cette habilitation judiciaires ne constituent pas à proprement parler l'application d'un principe communautaire et on serait même tenté de dire qu'elles en sont la négation puisque le régime de la communauté est basé, suivant une tradition historique qui remonte au XIII^e siècle, sur le principe de la collaboration des époux avec une prépondérance de pouvoirs en faveur du mari et qu'un tel recours tend à substituer la volonté du juge à celle déficiente ou opposante de l'un des époux. D'ailleurs, de par leur place au Code civil dans un chapitre VI intitulé « Des devoirs et des droits respectifs des époux », les articles 217 et 219 ont une vocation générale à recevoir application sous n'importe quel régime matrimonial.

Cependant, ne considérer le recours à la justice que sous cet angle général, constituerait une simple vue de l'esprit car, dès qu'on aborde l'étude détaillée de ces articles, on s'aperçoit que leur champ d'application idéal est bien le régime de communauté et que la principale bénéficiaire en est la femme commune en biens. Il n'est que de se référer aux différentes décisions judiciaires rendues depuis la loi du 22 septembre 1942 pour voir que la plupart des recours intentés — sinon la quasi-totalité — l'ont été par une femme commune en biens qui désirait augmenter les pouvoirs que la loi nouvelle lui avait conférés. Nous ne donnerons pourtant pas ici une théorie générale des articles 217 et 219, car cette théorie ne peut être dégagée qu'à partir d'exemples concrets que nous rencontrerons au cours de cette étude.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT DE JOUISSANCE DE LA COMMUNAUTE SUR LE PATRIMOINE PERSONNEL DES EPOUX

12. — Conformément à un principe traditionnel du régime de communauté, l'article 1401, alinéa 2, du Code civil fait tomber dans l'actif commun tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages échus ou perçus durant le mariage qui proviennent des patrimoines propres des époux. Cette règle ne constitue pas une application du principe faisant entrer en communauté tous les meubles présents et futurs des époux car, aux termes de l'article 1403, alinéa 1, les produits des mines et carrières ne tombent pas en communauté à moins que ces mines et carrières n'aient été déjà ouvertes au moment du mariage et ne donnent lieu, en conséquence, à la perception de revenus. La justification de la règle formulée par l'article 1401, alinéa 2, est autre; cette règle est une application du droit de jouissance de la communauté sur le patrimoine personnel des époux et elle se retrouve sous tous les régimes communautaires, aussi bien sous le régime de la communauté réduite aux acquêts que sous le régime légal.

Le droit de jouissance sur les propres des époux apparaît, en effet, comme un principe fondamental du régime de communauté et il correspond à l'esprit de ce régime : les époux, en se mariant,

ont entendu mettre en commun non seulement les biens qui pourraient être acquis à titre onéreux durant le mariage, mais aussi les revenus de leurs biens personnels dans le but de permettre au ménage de subsister. La communauté supporte toutes les charges du ménage et il est normal qu'elle bénéficie, en contrepartie, des revenus des biens propres. Alors que sous les régimes séparatistes, la contribution aux charges du ménage est assurée, du côté de la femme, par un prélèvement qu'elle effectue elle-même sur ses revenus et qu'elle verse au mari (art. 214, al. 3), sous les régimes communautaires, cette contribution est assurée automatiquement par l'intermédiaire du droit de jouissance dont le titulaire est le chef du ménage. Le mari, ayant la direction des trois patrimoines, perçoit lui-même les revenus et, en conséquence, est tenu seul de faire face aux dépenses du ménage; les créanciers ne disposent, en principe, d'aucun recours contre la femme (1), ce qui évite ainsi toutes les difficultés auxquelles a donné lieu la contribution aux charges du ménage sous les régimes séparatistes (2).

13. — Le droit de jouissance ayant pour raison d'être de permettre au mari de subvenir aux charges du ménage, il importe que ce droit soit sauvegardé contre les agissements personnels des époux. Sous le Code civil de 1804, le respect du droit de jouissance était assuré de façon efficace du fait de l'incapacité de la femme mariée qui ne pouvait agir sur son patrimoine personnel qu'avec le concours du mari dont l'intervention impliquait une renonciation à s'en prévaloir. Tout acte accompli par la femme seule était nul, et la nullité pouvait être invoquée aussi bien par le mari que par la femme.

Désormais, étant donné que la femme a recouvré la pleine capacité civile, la suprématie du droit de jouissance ne peut plus résulter de l'octroi d'une action en nullité accordée au mari, mais simplement d'une inopposabilité des actes de la femme. Tout acte effectué par elle qui porte atteinte au droit de jouissance est valable, mais ne peut produire d'effets qu'à la dissolution de la communauté (3). L'efficacité pratique des engagements de la femme apparaît alors comme liée au respect du droit de jouissance et la détermination du contenu de ce droit est donc primordiale lors-

(1) Cass. soc., 27 janvier 1939, D.H. 1939-199; *contra* : Paris, 11 décembre 1943, S. 1945-II-57, note P. RAYNAUD.

(2) Les difficultés rencontrées résultent surtout de l'impossibilité pour les tiers de savoir si la femme séparée de biens s'est acquittée ou non de sa pension; la jurisprudence admet aussi la validité de l'action des créanciers du ménage contre la femme : voir notamment Cass. req., 31 octobre 1934, D.P. 1935-I-73, note NAST, S. 1935-I-16.

(3) Orléans, 11 avril 1951, D. 1952-147, note SAVATIER; sur la différence entre l'inopposabilité et la nullité, voir Daniel BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse Paris, 1929, pp. 351 et suiv.

qu'on veut étudier les pouvoirs de la femme commune en biens sur ses biens personnels.

14. — Et pourtant, aucune analyse approfondie n'a été faite à ce sujet (4). La doctrine admet comme un postulat que le droit de jouissance est l'équivalent d'un usufruit. A partir de cette idée, les auteurs étudient les répercussions de la capacité civile de la femme sous le régime de communauté et ils arrivent rapidement à la conclusion que la réforme opérée par les lois de 1938 et de 1942 est purement platonique; suivant qu'ils adoptent une conception favorable ou non à l'octroi de pouvoirs à la femme, ils préconisent alors le maintien du régime de communauté seul susceptible d'assurer une suprématie du mari ou ils se tournent vers le régime de séparation de biens (5).

En réalité, il faut se demander si l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit est juridiquement valable, si elle n'apparaît pas plutôt comme une survivance de l'incapacité de la femme mariée et si la solution ne doit pas être cherchée dans une autre direction conforme à la tradition historique, la nature juridique et la portée du droit de jouissance étant alors susceptibles d'être conciliées avec la capacité de la femme mariée. D'une telle recherche dépend en grande partie le maintien du régime de communauté comme régime de droit commun.

SECTION I

LE DROIT DE JOUISSANCE ÉQUIVALENT D'UN USUFRUIT

I. — Justication et exposé de la théorie.

15. — L'assimilation du droit de jouissance à un usufruit (6) paraît bien avoir été voulue par le législateur de 1804 et reprise par les auteurs de la loi du 22 septembre 1942, car plusieurs textes

(4) Il n'existe qu'une étude fort ancienne de Charles PETIT, *Du droit de jouissance du mari sur les biens personnels de la femme sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Rennes, 1902.

(5) Très instructifs à cet égard sont les travaux de la Commission de réforme du Code civil, où la tendance communautaire et la tendance séparatiste étaient également représentées. Si la tendance communautaire l'a finalement emporté, il ne fait pas de doute que certaines solutions sont directement inspirées de principes séparatistes.

(6) En ce sens : Charles PETIT, *Du droit de jouissance du mari sur les biens personnels de la femme sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Rennes, 1902, pp. 4 et suiv.; Pierre JAUBERT, *Les propres mobiliers dans la communauté légale*, thèse Bordeaux, 1942, n° 193 et suiv.; Marie LAVIELLE, *L'usufruit universel*, thèse Toulouse, 1949, pp. 74 et suiv.; Jean FOURNIER, *La défense et la réforme du régime de la communauté légale*, thèse Paris, 1946, p. 76; Agen, 26 octobre 1927, D.P. 1929-II-121, note PLASSARD; voir aussi les auteurs et la jurisprudence cités à propos de l'aliénation de ses propres par la femme, *infra*, n° 60, note 25.

du Code civil sous-entendent pour ainsi dire cette notion. L'article 1410, à propos des dettes antérieures au mariage contractées par la femme commune en biens, déclare en effet : « Le créancier de la femme, en vertu d'un acte n'ayant pas date certaine avant le mariage, ne peut en poursuivre contre elle le paiement que sur la nue-propiété de ses immeubles personnels »; de même, les anciens articles 1413 et 1417 (rédaction de 1804), au sujet du droit de poursuite des créanciers héréditaires d'une succession acceptée par la femme autorisée de justice, réduisaient l'action de ces créanciers à la « nue-propiété » des biens personnels de la femme et le nouvel article 1416 reprend la même disposition en cas de succession acceptée par la femme sans l'acquiescement du chef de la communauté (7).

Outre les textes relatifs au régime de la communauté, les partisans de l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit peuvent encore se prévaloir de certains articles relatifs au régime dotal qui montrent que chaque fois que le mari est titulaire d'un droit de jouissance, le législateur a entendu lui conférer un véritable droit d'usufruit : la femme dotale, autorisée de justice, peut donner ses biens dotaux pour l'établissement d'enfants qu'elle a eus d'un mariage antérieur, mais « à charge de réserver au mari la jouissance des biens donnés » (art. 1555, al. 2) et l'article 1562 soumet expressément le chef du ménage à toutes les obligations de l'usufruitier.

16. — En dehors de ces textes, l'assimilation résulte encore du fonctionnement du droit de jouissance sous le régime de la communauté. Celle-ci n'a droit qu'aux fruits proprement dits des patrimoines propres et pour la discrimination à faire entre les fruits et les produits, il faut se reporter aux règles de l'usufruit; le droit de la communauté n'englobe pas les produits qui ne présentent pas un caractère périodique, car leur prélèvement altère la substance des biens propres, ce qui les fait participer ainsi à la nature de ces biens. Cette règle est formulée dans l'article 1403 pour les coupes de bois et les produits des mines et carrières, mais les auteurs sont d'accord pour étendre cette solution (8).

Sous la seule réserve qu'ils soient échus ou perçus durant le mariage, tous les fruits et revenus des propres appartiennent à la communauté (art. 1401, al. 2), qu'ils soient acquis à titre de propriétaire, d'usufruitier, de créancier ou de possesseur; ainsi lorsque l'un des époux possède un usufruit sur les biens d'un tiers, l'usufruit demeure propre au conjoint pour le fond du droit, mais les revenus tombent en communauté (9).

(7) Voir aussi, dans le même sens, le texte de l'article 1424 à propos des délits commis par la femme.

(8) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 272.

(9) Paris, 20 février 1815, *D. jur. gén.*, V° C. de m., n° 706.

Comme en matière d'usufruit, les fruits civils s'acquièrent jour par jour et deviennent communs à proportion de la durée de la communauté sans qu'il y ait à considérer le moment de leur échéance, alors que les fruits naturels et industriels s'acquièrent par la perception, d'où il résulte que si une récolte est coupée quelques jours après la célébration du mariage, ses fruits deviennent communs pour la totalité, mais si la coupe se fait aussitôt après la dissolution, la récolte est propre à l'époux propriétaire du terrain.

Si les propres constituent des biens fongibles et consommables par le premier usage, la communauté en acquiert la propriété, mais à charge d'en restituer la même valeur à la dissolution. Cette règle constitue une application pure et simple du quasi-usufruit (art. 587 C. civ.). Le nu-propriétaire n'est plus alors qu'un créancier qui a droit à un remboursement en valeur, la mise en commun quant à la jouissance équivalant en réalité à une mise en commun quant à la propriété.

Les règles applicables aux impenses effectuées par le mari sur les biens personnels de son épouse sont les mêmes que celles édictées par l'article 605 du Code civil pour l'usufruit. Les impenses voluptuaires ne donnent pas lieu en principe à récompense, sauf si l'époux refuse de laisser enlever les matériaux et les matières incorporées, car ce refus prouve alors l'utilité de l'impense (10). Les impenses nécessaires et utiles donnent toujours lieu à récompense, puisqu'elles sont faites en vue de la conservation ou de l'amélioration du propre. Les impenses nécessaires, telles que les grosses réparations, doivent être intégralement remboursées (11), à moins que ces impenses n'aient été rendues indispensables par la mauvaise gestion du chef de la communauté.

17. — Cependant toutes les règles applicables en matière d'usufruit ordinaire ne sont pas intégralement transposables sous le régime de communauté, car le droit de jouissance constitue un usufruit légal, soumis, de ce fait même, à certaines règles particulières (12). Sur ce point, il est d'ailleurs comparable au droit de jouissance établi par l'article 384 du Code civil au profit des parents sur les biens de leurs enfants mineurs.

18. — L'usufruit légal établi par l'article 1401 se caractérise par son but, sa destination qui est de permettre au mari de subvenir aux charges du ménage; il est établi beaucoup plus dans l'intérêt de la famille que dans l'intérêt personnel du chef de la communauté. Aussi les différences avec l'usufruit se manifestent-elles à trois points de vue : au point de vue des droits, au point

(10) Paris, 27 février 1901, D. 1901-II-486, S. 1901-II-127; Cass. req., 14 mars 1877, D. 1877-I-353, S. 1878-I-5, note LABBÉ.

(11) Cass. civ., 9 novembre 1865, D. 1865-I-169, S. 1865-I-46; Cass. req., 14 février 1890, D. 1893-I-189, S. 1892-I-498.

(12) Charles PETIT, *op. cit.*, pp. 18 et suiv.

de vue des obligations et au point de vue de l'extinction du droit de jouissance.

19. — Sous les régimes de communauté, il importe de maintenir l'équilibre entre les trois patrimoines; il ne faut pas que l'un d'eux s'enrichisse aux dépens d'un autre. Aussi, par application de la théorie des récompenses, l'article 1403, alinéa 2, décide que si une coupe ou une récolte déjà mûre n'a pas été faite à la dissolution de la communauté, l'époux propriétaire du terrain qui en bénéficiera doit récompense à la communauté; si, à la dissolution, la récolte n'était pas mûre, l'époux propriétaire doit encore récompense à la communauté des frais de labour et de semences, contrairement à ce que décide l'article 587 en cas d'usufruit.

La récolte recueillie au moment où commence le mariage devient commune mais, sous le régime légal, la communauté ne doit pas indemniser l'époux propriétaire, car si celui-ci avait lui-même perçu la récolte avant le début du mariage, les fruits seraient devenus communs comme faisant partie du mobilier présent de cet époux (13). Il n'en serait autrement que sous le régime de la communauté réduite aux acquêts où les meubles présents n'entrent pas dans l'actif commun (14). On écarte alors l'article 585 qui, en pareil cas, décide que l'usufruitier ne doit aucune indemnité au nu-propiétaire.

20. — Contrairement à l'usufruitier ordinaire qui doit, dans l'intérêt du nu-propiétaire, aux termes des articles 600 et 601 du Code civil, faire inventaire et donner caution avant d'entrer en jouissance, le mari n'est pas tenu de faire inventaire ni de donner caution. Cette règle se justifie par un argument à fortiori tiré de l'article 1550 du Code civil: sous le régime dotal, le mari est dispensé de fournir caution et à plus forte raison doit-il en être de même sous le régime de la communauté où il dispose de pouvoirs plus étendus. Cette différence avec l'usufruit se justifie par les rapports mutuels de confiance qui doivent exister entre les époux (15).

21. — Les modes d'extinction du droit de jouissance ne sont pas les mêmes que ceux énumérés par l'article 617 pour l'usufruit ordinaire; le droit de jouissance ne disparaît que par la dissolution de la communauté, c'est-à-dire par la mort de l'un des époux, par le divorce ou la séparation de corps, par la séparation de biens demandée par la femme.

Cependant, malgré ces différences avec l'usufruit ordinaire, le droit de jouissance, dans cette théorie, apparaît comme un droit

(13) Cass. civ., 13 décembre 1939, G.P. 1939-I-136.

(14) Limoges, 31 août 1863, D. 1864-II-204.

(15) JOSSERAND, T. III, n° 97, p. 60; COLIN et CAPITANT, T. III, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, n° 201; BEUDANT, *Cours de droit civil français*, T. X, « Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux », n° 313, p. 278.

extrêmement fort entre les mains du chef de la communauté, aboutissant à lui conférer l'usufruit des biens de son épouse. Aussi les répercussions de cette assimilation doivent-elles être importantes sur la capacité de la femme commune en biens.

22. — Ces répercussions se manifestent sur un double plan correspondant à une distinction générale des actes juridiques, d'une part par l'absence totale de pouvoirs d'administration sur ses biens personnels, chez la femme commune en biens, et d'autre part par l'impossibilité pratique où elle est d'effectuer des actes de disposition sur ces mêmes biens.

23. — Plusieurs explications ont été données des pouvoirs d'administration conférés par l'article 1428 au mari sur les biens personnels de son épouse. L'explication ancienne consistait à rattacher ces pouvoirs au principe de l'incapacité de la femme mariée; celle-ci étant incapable de passer elle-même des actes juridiques, la loi aurait confié au mari mandat de faire ces actes au nom et pour le compte de son épouse. Cette explication n'était déjà que peu convaincante avant 1938, car l'incapacité de la femme mariée, si étendue qu'elle fût, n'avait pas pour effet de la mettre en tutelle et de lui donner un représentant légal; elle ne saurait être soutenue aujourd'hui, depuis que la femme commune en biens a recouvré la pleine capacité civile.

En réalité, les pouvoirs d'administration du mari apparaissent comme un corollaire du droit de jouissance de la communauté (16); le mari ayant l'administration des biens communs, il était logique de lui confier aussi l'administration des biens personnels de son épouse dont les revenus constituent un des éléments de l'actif commun; le mari est chargé d'exploiter de la façon la plus avantageuse ces biens, de leur faire produire le plus de fruits possible, sans toutefois endommager les fonds, afin d'enrichir la communauté sans nuire à la fortune personnelle de la femme.

Le droit d'administrer étant sous la dépendance étroite du droit de jouissance, la théorie qui assimile ce dernier à un usufruit aboutit, en fait, à octroyer au mari des pouvoirs qui dépassent ceux d'un administrateur ordinaire et à réduire d'autant la possibilité pour la femme commune en biens d'exercer sa capacité. L'influence de cette théorie s'est d'ailleurs fait sentir dans la rédaction des textes du Code civil et dans l'interprétation qu'en donne la jurisprudence.

(16) CHÉRON, *Etude sur l'adage « Uxor non est proprie socia... »*, thèse Paris, 1901, p. 168; HÉLÈNE SINAY, « Une réforme des régimes communautaires par la suppression du droit de jouissance de la communauté sur les biens propres des époux », J.C.P. 1950-I-878, n° 5; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 378; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 619; PLANIOL, T. VIII, par NAST, n° 576; PLANIOL, T. VIII, par BOULANGER, n° 563; BEUDANT, T. X, n° 419; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. I, n° 710; DE JUGLART, J.C.P. 1943-I-327, n° 52.

Si le mari n'a, en principe, la possibilité de faire sur les propres de son épouse que des actes d'administration, il ne faut pas oublier cependant que le critérium permettant de distinguer, en ce cas, les actes d'administration des actes de disposition est assez vague pour lui permettre non seulement de percevoir les fruits et revenus, de passer les contrats relatifs à l'entretien et la conservation des biens, de donner les immeubles à bail (17), mais aussi d'exercer les actions mobilières qui appartiennent à la femme et de recevoir les capitaux qui lui sont dus et d'en donner décharge (18). Ce qui prouve encore l'omnipotence du mari sur les biens de son épouse, c'est la possibilité que lui reconnaissait autrefois la jurisprudence d'aliéner ces biens sans que la femme puisse agir en revendication contre le tiers acquéreur avant la dissolution de la communauté; et encore, pour qu'elle pût agir à cette époque, la jurisprudence exigeait que la femme renonce à la communauté (19). D'ailleurs toute liberté est laissée au mari pour les meubles corporels puisque, s'il en remet la possession à des tiers de bonne foi, la transmission de la propriété s'opérera et l'acquéreur sera protégé par l'article 2279; dans cette catégorie entrent les titres au porteur, ce qui permet en fait au chef de la communauté de disposer de la plus grande partie de la fortune mobilière de son épouse (20).

L'article 1428, alinéa 4, déclare que le mari est responsable de tout dépérissement des biens de la femme causé par défaut d'actes conservatoires; toute faute du chef de la communauté, tout acte de négligence ayant causé préjudice à la femme l'oblige à réparer ce préjudice. Mais, là encore, la femme ne peut agir qu'à la dissolution de la communauté et elle doit prouver la faute du mari (21), ce qui aboutit en fait à l'irresponsabilité du mari, la femme ne prenant pas en général la précaution de se ménager cette preuve au cours de la communauté.

L'administration des biens de la femme, ainsi entendue d'une manière large, étant entre les mains du mari, celle-ci, même depuis la loi du 22 septembre 1942, ne saurait porter atteinte aux prérogatives du chef du ménage. Jouissant désormais de la pleine capacité civile, elle peut certes accomplir n'importe quel acte et

(17) La jurisprudence admet la validité du congé donné par le mari seul pour un bail à ferme : Cass. soc., 9 juin 1955, *Bull. cass.* 1955-IV, n° 503, p. 382.

(18) Cass. req., 30 juillet 1900, D. 1901-I-502, S. 1901-I-259.

(19) Chambéry, 6 mai 1885, D. 1886-II-33, note FLURER, S. 1887-II-177, note APPLETON; Cass. req., 8 novembre 1893, D. 1894-I-41, S. 1894-I-401, note LACOSTE.

(20) En revanche, la prohibition d'aliéner demeure entière pour les meubles incorporels : Cass. req., 5 novembre 1860, D. 1861-I-81, S. 1861-I-49; Cass. civ., 21 juin 1870, D. 1871-I-295; Cass. civ., 17 décembre 1872, D. 1873-I-154, S. 1872-I-421; Cass. civ., 30 août 1890, D. 1891-I-367.

(21) Cass. civ., 19 janvier 1863, D. 1863-I-86, S. 1863-I-187; Cass. req., 26 février 1908, D. 1910-I-223, S. 1908-I-272.

notamment donner à bail un de ses immeubles (22), mais cet acte est inopposable au mari et ne peut produire effet tant que dure la communauté. En agissant seule, la femme s'expose donc à une poursuite en dommages-intérêts de la part de son cocontractant déçu de ne pouvoir exercer les prérogatives qu'elle lui avait données dans le contrat et elle engage ainsi ses biens personnels pour avoir passé un contrat qui n'est d'aucune utilité pour elle ! La femme qui veut faire avec pleine efficacité un acte d'administration sur ses biens personnels doit donc obtenir à cet effet un mandat de son époux ou à défaut recourir à l'habilitation judiciaire basée sur l'article 219 (23).

Devant ces restrictions considérables aux pouvoirs de la femme commune en biens, M^e Jean Videcoq a proposé de supprimer purement et simplement les pouvoirs d'administration du mari, ceux-ci n'étant pas, d'après cet auteur, de l'essence même du régime de communauté (24). En réalité, la recherche d'une solution équitable dépend de la nature juridique et de la portée du droit de jouissance dont les pouvoirs d'administration du mari ne sont que le corollaire. C'est l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit qui aboutit à accorder au mari des prérogatives injustifiées; toute la question revient donc à savoir si cette assimilation est juridiquement fondée. D'ailleurs, une telle assimilation conduit non seulement à une absence totale de pouvoirs d'administration pour la femme, mais aussi à l'impossibilité pratique pour elle d'effectuer des actes de disposition sur son patrimoine personnel.

24. — La femme commune en biens ne pouvant porter atteinte au droit de jouissance de la communauté qui est assimilé à un usufruit, n'engage ou n'aliène seule que la nue-propriété de ses biens dont elle est pourtant propriétaire exclusive (25). Le mari, titulaire de ce droit de jouissance, doit pouvoir continuer à percevoir les revenus des biens dont la femme entend disposer et a pour cela les mêmes prérogatives que si le bien restait dans le patrimoine de la femme.

On revient ainsi à la nécessité pratique du consentement du mari à chaque acte que la femme commune en biens veut effectuer. Elle peut bien accepter seule une succession, mais elle n'oblige alors que la nue-propriété de ses biens personnels au paiement des dettes héréditaires; elle peut contracter seule un

(22) Orléans, 11 avril 1951, D. 1952, p. 147, note SAVATIER.

(23) Trib. civ. de Remiremont, 23 juin 1954, G.P. 1954-II-71.

(24) Jean VIDECOQ, *Le régime matrimonial de droit commun doit-il être modifié et comment ?* in Compte rendu du 52^e Congrès des notaires de France, 1953, « Statut juridique de la femme mariée », p. 136.

(25) Hélène SINAY, « Une réforme des régimes communautaires par la suppression du droit de jouissance de la communauté sur les biens propres des époux », J.C.P. 1950-I-878, n^{os} 6, 7 et 8.

engagement au cours de la communauté ou aliéner seule un de ses biens personnels, mais, là encore, elle est tenue de respecter l'usufruit du mari. Cette limitation se révèle désastreuse pour la femme, car les nues-propriétés ne trouvent que peu d'acquéreurs ou à un prix très faible; pour pouvoir payer une dette minime, la femme se trouve donc obligée d'engager son patrimoine tout entier. D'où l'intérêt pour elle d'obtenir à propos de chaque acte le concours du mari impliquant une renonciation au droit de jouissance et lui permettant de disposer de la pleine propriété de ses propres. C'est, d'ailleurs, une des raisons pour lesquelles l'interprétation de l'article 1419 revêt une importance capitale; le mari étant constamment appelé à intervenir pour augmenter le crédit de son épouse, il importe de savoir si ce consentement vaut ou non engagement personnel de sa part.

Mais alors on aboutit ainsi à anéantir purement et simplement la réforme opérée par les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942; avant ces lois, l'intervention du mari était nécessaire pour relever la femme de son incapacité, désormais elle est encore nécessaire pour permettre à la femme d'avoir des pouvoirs. Et pourtant, la réforme, pour être valable, impliquait la reconnaissance à la femme de pouvoirs sur ses biens personnels; sinon, il eût mieux valu la maintenir dans son incapacité antérieure plutôt que de lui accorder une capacité purement théorique.

C'est ce qu'avait compris le Sénat en 1939 qui, dans le projet qu'il avait voté, entendait « corriger une incidence regrettable de la loi du 18 février 1938 » (26) en rendant exécutoires sur la pleine propriété des biens de la femme les dettes antérieures au mariage et les dettes successorales. La même idée se retrouve encore dans l'avant-projet de réforme du Code civil qui, dans son article 388, permet pour ces dettes l'engagement non seulement de la pleine propriété des biens de la débitrice, mais aussi de la communauté toute entière. Cependant il faut remarquer qu'une telle solution est illogique dès l'instant où on continue à assimiler le droit de jouissance à un usufruit — et c'est ce que fait l'avant-projet dans son article 399 à propos des aliénations — car elle constitue une exception injustifiée au principe général adopté.

Les mêmes difficultés pratiques sont rencontrées par la femme commune en biens qui veut réaliser seule des acquisitions à titre onéreux de biens propres, notamment par voie d'échange ou de remploi. L'assimilation du droit de jouissance à un usufruit conduit à décider qu'elle ne peut échanger que la nue-propriété de ses biens et acquérir ainsi un bien propre, d'une valeur forcément inférieure au premier, qui sera lui aussi soumis à l'usufruit de

(26) Pierre VOIRIN, « Notes parlementaires de droit civil (du 13 mai au 18 juillet 1939) », *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 852.

la communauté; de même, elle peut remployer seule la nue-propriété de la créance du prix d'aliénation du propre.

Faut-il, dès lors, comme le propose Mme Sinay (27), supprimer le droit de jouissance de la communauté pour permettre à la femme commune en biens d'exercer pleinement sa capacité? La femme contribuerait alors aux charges du ménage en remettant périodiquement, comme sous les régimes séparatistes, une part de ses revenus proportionnelle à ses ressources et facultés. Une telle solution apparaît cependant contraire aux principes communautaires qui impliquent l'entrée en communauté, non seulement de tous les biens acquis à titre onéreux par l'un quelconque des époux au cours du mariage comme le note cet auteur, mais aussi de tous les revenus des biens propres. On ne peut supprimer le droit de jouissance sans introduire dans le régime de communauté des principes séparatistes contraires à notre tradition historique et à l'esprit qui anime les époux qui adoptent en se mariant un tel régime. En réalité, il faut se demander si l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit repose sur une base juridique exacte ou si elle n'est pas plutôt une conséquence de l'incapacité de la femme mariée.

II. — Critique de la théorie qui assimile le droit de jouissance à un usufruit.

25. — Pour pouvoir admettre que le droit de jouissance de la communauté sur les biens personnels des époux soit l'équivalent d'un usufruit, il faut décider que la communauté constitue une personne morale, distincte des conjoints, car la notion d'usufruit suppose une division des prérogatives du droit de propriété entre deux personnes différentes qui demeurent dans une indépendance juridique complète l'une par rapport à l'autre.

La personnalité morale de la communauté a été soutenue par certains auteurs et, sous l'empire du Code civil de 1804, l'un d'eux (28) a même écrit que « l'incapacité de la femme mariée se présentait comme un moyen unilatéral et empirique d'assurer le fonctionnement du ménage en tant que société personnifiée ». La personnalité morale de la communauté résulterait de l'arti-

(27) Hélène SINAY, article précité, J.C.P. 1950-I-878, n° 14 et suiv.; DURANTON, T. XIV, p. 106.

(28) Jean CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, 1932, p. 468; dans le sens de la personnalité morale de la communauté, voir aussi : TROPLONG, *Contrat de mariage*, T. I, pp. 365 et suiv.; PROUDHON, *De l'usufruit*, T. I, n° 279, 287, 1767 et 2684; DELVINCOURT, T. I, p. 528.

de 1405 du Code civil et du système de règlement des récompenses (29).

L'article 1405 s'exprime ainsi : « Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des époux ne tombent point en communauté et appartiennent au donataire seul, à moins que la donation ne contienne expressément que *la chose donnée appartiendra à la communauté*. » A côté des donations effectuées en faveur soit de l'un des époux, soit des deux époux conjointement en tant que personnes physiques, la loi admet donc la possibilité de gratifier la communauté en tant que personne morale distincte des époux. Ce texte va même très loin en ce sens puisqu'il n'hésite pas à reconnaître à la communauté l'aptitude à recevoir des libéralités que le législateur confère très parcimonieusement aux personnes morales et qui a été parfois contestée aux sociétés civiles et commerciales (30).

La théorie des récompenses ne s'explique qu'en fonction de la personnalité morale de la communauté ou, plus exactement, de la persistance de celle-ci après la dissolution. Si la communauté constituait une simple indivision, toutes les récompenses devraient être ramenées à des dettes et des créances entre le mari et la femme, les deux époux jouant seuls le rôle de créancier et de débiteur. Or il n'en est rien : il existe aussi un compte entre la communauté et chacun des époux et la différenciation de ce compte avec celui pouvant exister entre les conjoints est attestée par les règles distinctes formulées dans les articles 1473 et 1479 du Code civil; alors que les créances personnelles que les conjoints ont à exercer l'un contre l'autre ne portent intérêt que du jour de la demande en justice, celles dues à ou par la communauté emportent intérêt de plein droit du jour de la dissolution. Cette aptitude à figurer dans un rapport d'obligation suppose inéluctablement la qualité de sujet de droit.

Cependant la thèse de la personnalité morale ne saurait être retenue, car ses conséquences ne sont pas admissibles, ne concordant pas avec les données pratiques traditionnelles et avec la jurisprudence qui traduit le courant des idées et des mœurs. Comme le note M. Olivier-Martin (31), « une comparaison de la compagnie conjugale avec la société ordinaire ne serait pas venue

(29) CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 336 et suiv. En faveur de la personnalité morale de la communauté, il serait aussi possible d'invoquer tous les textes qui opposent la communauté aux époux, tels les art. 1408, 1431, 1454 et 1460.

(30) LABBÉ, note au S. 1881-II-249; *contra* : MICHAUD, *Théorie de la personnalité morale*, T. II, n° 234; Trib. civ. Seine, 30 mars 1881, S. 1881-II-249; Cass., motifs, 2 janvier 1894, S. 1894-I-129. Voir aussi : Pierre COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse Nancy, 1949.

(31) OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, T. II, fasc. I, p. 183.

à l'esprit des gens du Moyen Age »; à plus forte raison en est-il de même de l'idée de personnalité morale.

Les époux peuvent certainement léguer leur part de communauté. La question est formellement prévue et réglée pour le mari par l'article 1423; elle ne l'est pas pour la femme, mais il ne fait pas de doute en doctrine et en jurisprudence (32) que la même possibilité lui est offerte. Et pourtant, si la communauté constitue une personne civile, les époux en léguant les biens communs lèguent la chose d'autrui, ce qui est prohibé par l'article 1021 du Code civil.

Les autres applications de la personnalité morale se présentent notamment en matière de liquidation de la communauté, spécialement à propos de la liquidation du passif, lorsqu'il s'agit de régler les droits respectifs sur les biens communs des créanciers pour dettes communes et des créanciers pour dettes personnelles des époux. En matière de société ordinaire, doté de la personnalité civile, les créanciers de la société peuvent écarter de l'actif social les créanciers personnels des associés, l'actif social étant leur gage exclusif. Or la jurisprudence n'admet pas que les créanciers de la communauté priment, sur les biens communs, les créanciers personnels des époux (33).

Enfin, la thèse de la personnalité morale doit être repoussée, car elle ne cadre pas avec la situation des époux et contredit les données de l'association conjugale. La notion de personne morale implique qu'une masse distincte est affectée à des intérêts qui dépassent des intérêts individuels. Aussi les partisans de cette théorie affirment-ils que « la raison déterminante de la personification de la communauté conjugale, c'est l'existence, sous le régime matrimonial, comme sous les autres régimes, d'un intérêt collectif, l'intérêt du ménage, spécifiquement distinct des intérêts individuels des époux. Seule la notion de personnalité morale est apte à concrétiser et à mettre en œuvre cet intérêt » (34). L'erreur de ce raisonnement est de considérer l'intérêt du ménage comme *spécifiquement* distinct des intérêts individuels des époux (35). Certes, il peut arriver que l'intérêt individuel ne corresponde pas à l'intérêt de la famille, mais il ne faut pas oublier que la plupart du temps les deux coïncident, les dettes contractées par le

(32) Cass., 6 juin 1883, S. 1884-I-129, D. 1884-I-33; cf. note DESPIERROIS sous Limoges, 25 octobre 1944, *Rev. du notariat*, 1948-II-15.

(33) Cass. civ., 18 avril 1860, S. 1860-I-305, D. 1860-I-185; Cass. req., 10 février 1896, D. 1896-I-559, S. 1900-I-511; Aix, 10 mai 1906, S. 1908-II-61, D. 1908-II-401; Nancy, 21 décembre 1929, *Rép. prat. not.*, 1930, art. 22271; dans le même sens : PLANIOL, RIPERT et NAST, T. VIII, n° 157; PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, T. VIII, n° 155⁴; COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 176.

(34) CARBONNIER, *op. cit.*, p. 343.

(35) BEUDANT, *Cours de droit civil français*, T. X, par LENOAN, n° 251.

mari ou par la femme le sont le plus souvent pour assurer la vie de la famille, et c'est la raison pour laquelle la jurisprudence répudie l'idée de personnalité morale en permettant aux créanciers personnels des époux de concourir avec les créanciers de dettes communes sur l'actif de la communauté. D'ailleurs, s'il ne suffit pas d'être créancier personnel d'un époux pour avoir le droit de saisir les biens communs, il faut cependant être créancier personnel pour être créancier de la communauté.

26. — C'est justement cette absence d'opposition d'intérêts entre la masse commune et les patrimoines propres qui montre que le droit de jouissance ne peut être assimilé à un usufruit. Dans la conception du Code civil, l'usufruit est conçu comme un droit individualiste, l'usufruitier jouit de son droit pour lui-même et n'a pas à se soucier du nu-propiétaire; en contrepartie, il ne dispose d'aucun droit à l'encontre du nu-propiétaire qui n'est tenu que d'un rôle passif, de ne pas entraver le droit de jouissance de l'usufruitier. Tous les deux défendent chacun leur propre intérêt, sans se soucier de celui de l'autre.

A l'opposé, le fait que la communauté ne soit pas un tiers mais une masse indivise entre les époux, transforme complètement l'esprit de l'institution. La masse commune aussi bien que les patrimoines propres des époux sont unis dans une direction unique qui est l'intérêt du ménage. Le droit de jouissance se rattache à la vie même et à l'organisation juridique de la famille. Aussi la loi ne répartit pas entre deux titulaires différents un droit privatif qui demeurerait, en lui-même, sans changement: elle modifie la condition juridique des biens dans la mesure imposée par l'utilité commune et dans cette mesure seulement. Sur un même bien se superposent donc deux formes de propriété: un droit privatif au profit de l'époux propriétaire et le droit de communauté; mais à ce dernier droit participe aussi l'époux propriétaire. Il serait donc paradoxal de soutenir que le droit de jouissance constitue un usufruit, puisque le prétendu nu-propiétaire a en même temps des droits sur l'usufruit (30).

27. — Si, dans certains cas, le législateur a cru nécessaire de faire appel à des règles régissant l'usufruit, il n'en ressort nullement qu'il y ait assimilation de ce droit avec le droit de jouissance. Toute la différence réside dans l'interprétation des règles, et un simple exemple en fera comprendre la portée. Comme pour l'usufruit, il faut, pour déterminer les droits de la communauté, opérer une distinction entre les fruits et les produits, et dans les deux cas les mêmes règles sont applicables. Comme l'usufruitier, la communauté n'a droit qu'aux fruits proprement dits et ne peut percevoir les produits non périodiques, car ils sont prélevés sur la substance même de la chose et participent ainsi de sa nature.

(36) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 271.

Mais, dans l'usufruit, la loi utilise cette distinction entre les fruits et les produits pour déterminer les conditions d'exploitation des biens, alors que, sous le régime de communauté, la loi opère cette distinction uniquement pour « fixer la mesure de l'enrichissement que doit procurer à la communauté la jouissance des biens propres » (37).

28. — D'ailleurs, lorsqu'on se réfère à l'histoire du régime de communauté, on s'aperçoit que l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit n'existait pas dans la communauté primitive, mais apparaît comme une conséquence de l'incapacité de la femme mariée intervenue sous l'influence notamment du droit romain. L'extension progressive des pouvoirs du mari apparaît très nettement dans la terminologie employée à partir du ^{xv}^e siècle : au ^{xiii}^e siècle, le chef du ménage n'a que le « gouvernement », le « bail » des propres de la femme, alors qu'à partir du ^{xv}^e siècle il a « le bail et l'usufruit » de ces biens (38).

La communauté primitive repose sur une collaboration des époux dans la gestion de leurs biens et si la femme mariée a une situation inférieure qui pourrait faire penser à une certaine incapacité, il faut toutefois remarquer que cette incapacité n'existe que dans la mesure où il est nécessaire qu'il y ait une autorité dans le ménage. Cette collaboration des époux et cette nécessité d'un chef à la tête de l'association conjugale ont pour conséquence des pouvoirs différents entre les époux dans la gestion des patrimoines propres, mais non pas une suprématie absolue du chef du ménage.

Le mari, devant subvenir à titre principal aux charges du ménage (39), a le droit de percevoir les fruits des biens de son épouse et de faire sur ces biens tous les actes rendus nécessaires par cette perception, mais en aucun cas il ne peut accomplir des actes qui dépassent les pouvoirs d'un administrateur pour se rapprocher de ceux d'un titulaire de droit réel tel que l'usufruit. De ce principe, on a tiré de nombreuses conséquences, notamment en ce qui concerne l'exercice des actions immobilières et les aliénations. Lorsqu'il s'agit d'un procès au possessoire qui n'engage pas une question de propriété, le mari peut agir seul, mais lorsque le procès met en péril le droit de propriété de la femme, le demandeur doit citer cette dernière et non le mari seul qui disposerait d'une « bonne exception afin de non procéder » (40). Le chef du

(37) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 273.

(38) OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, T. II, fasc. 2, p. 194, note 5.

(39) L'idée qu'en cas de nécessité le mari doit d'abord vendre son propre est ancienne (*Jostice et Plet*, 12, 16, 1).

(40) « Coutumes notoires jugées au Châtelet de Paris », dans le deuxième volume de *La coutume de Paris*, commentée par BRODEAU, 2° éd., Paris, 1669, n° 161 et 176.

ménage ne pourrait lui-même intenter un tel procès que muni d'une lettre de procuration (41).

Les conséquences sont encore plus nettes pour les actes de disposition; dès qu'il s'agit d'un acte qui dépasse les pouvoirs d'administration du mari, la femme doit intervenir et elle est libre de poser les conditions qu'elle veut à son concours : si la vente de ses propres est favorable au mari, elle peut stipuler un échange ou une récompense sur les biens personnels de son époux malgré la prohibition des pactes entre époux (42); de même elle peut consentir à l'aliénation d'un propre en vue d'un emploi plus avantageux des deniers obtenus (43); enfin, la femme peut n'exiger aucune compensation lorsque la vente a lieu pour assurer la subsistance journalière du ménage.

Certes, pour les actes les plus importants, on voit apparaître la nécessité du concours des deux époux, mais il faut bien se garder d'interpréter l'intervention du mari comme impliquant une renonciation au droit de jouissance. Cette intervention est simplement la conséquence de l'idée particulièrement forte à cette époque de la collaboration des époux à la vie du ménage, qui se manifestait non seulement pour les propres de la femme mais aussi pour ceux du mari ou pour les biens communs (44). Lorsqu'il y avait lieu, même pour les choses mobilières, de faire des conventions, il arrivait souvent d'y voir figurer les deux époux, sans nécessité juridique, mais « par vieil usage de la compagnie » (45). De cette époque date une foule de baux à cens et à rente ou autres concessions faites aux deux époux à la fois (46).

À l'époque de saint Louis, la direction du ménage se trouve bien entre les mains du mari, mais celui-ci ne dispose pas des pouvoirs d'un usufruitier car, pour tout acte un peu important, il ne peut se passer du concours de son épouse. Et d'ailleurs, si le mari se trouve pour une raison quelconque dans l'impossibilité d'agir, la femme le remplace de plein droit et peut accomplir seule n'importe quel acte juridique, notamment procéder à des aliénations de meubles (47).

(41) Jean BOUTEILLER, *La Somme rurale*, II, 23.

(42) *Olim I*, p. 149, n° IV; *Grand coutumier*, p. 321, ms. Rouen, 804, f° 151.

(43) *Style du Châtelet*, ms. fr., 18419, f° 24.

(44) Cette idée de collaboration des époux dans la gestion des biens communs est indiquée dans Jean BOUTEILLER, *La Somme rurale*, titre 99, qui écrit que « aussi bien en est la femme Dame que le mary en est le Seigneur ».

(45) LEFEBVRE, *Le droit des gens mariés*, p. 257, qui s'appuie sur des *Textes de BEAUMANOIR*, chap. VII, n° 257, et de *Jostice et Plet*, p. 173, § 4, et p. 169, §§ 1 et suiv.

(46) Voir, par exemple, aux anciennes coutumes d'Amiens, art. 79 : « Nul ne peut avoir chirographe de maison qu'il prenne à cens ne qu'il achate, s'il ne s'oblige lui et sa femme, s'il en a, qu'il la tiendra aux us et coutumes de la cité » (*Deuxième coutume du XIII^e siècle*, in Aug. THIERRY, p. 172).

(47) BEAUMANOIR, XLIII, 28, et XLIV, 19.

A partir du ^{xvi}^e siècle, au contraire, sous l'influence du droit romain, les pouvoirs du mari sur les propres de la femme, tout en restant nominalelement les mêmes qu'à l'époque antérieure, s'accroissent en fait et s'apparentent à ceux d'un usufruitier. Le principe ancien était, nous l'avons vu, que la femme restait propriétaire de ses biens personnels et que le mari n'avait de pouvoirs que quant à la jouissance. Au ^{xvi}^e siècle, la femme reste toujours propriétaire de ses propres et il faut noter qu'il y a de la part de la doctrine quelque mérite à avoir maintenu ce principe en face de la règle romaine relative aux biens dotaux dont le mari était propriétaire. Ainsi, d'après l'article 226 de la coutume de Paris : « Le mari ne peut vendre, échanger, faire partage ou licitation, obliger ni hypothéquer le propre héritage de la femme sans le consentement de la dite femme et icelle de par lui autorisée à cette fin. » Seule la femme a donc le droit d'engager ou d'aliéner ses propres, le mari ne peut le faire que si elle l'a bien voulu.

Mais si le mari n'est pas propriétaire des biens de son épouse, il n'en est pas moins plus qu'un administrateur. Désormais, on a tendance à considérer la femme comme étant placée dans la situation d'un mineur quant à ses biens par rapport au mari et ce rapprochement a duré jusqu'à la fin de notre ancien droit. Si Pothier reprend en partie la formule de Beaumanoir pour définir les pouvoirs du chef du ménage, il ne fait pas de doute que cette formule recouvre maintenant des pouvoirs plus vastes : « La puissance maritale ne donne pas à la vérité au mari *jus domini* sur les immeubles propres de sa femme, mais elle lui donne par rapport aux dits biens une espèce de droit de bail et de gouvernement » (48).

L'article 227 de la coutume de Paris autorise le mari à faire seul des baux de six à neuf ans sur les biens de sa femme. « Peut toutefois le mari faire baux à loyer ou maison à six ans pour héritage assis à Paris et à neuf ans pour héritage assis aux champs et au-dessous sans fraude. » La coutume introduit ici, comme en matière de donation, une restriction assez vague résultant de la fraude qui consisterait de la part du mari à se servir de son droit de faire des baux pour accroître son propre patrimoine. C'est ce point qui paraît avoir surtout intéressé notre ancien droit qui accorde de très larges pouvoirs au chef de la communauté pourvu qu'il les utilise sans fraude.

Non seulement le mari a le droit d'intenter les actions mobilières et possessoires des immeubles propres à la femme, mais il peut aussi exercer les droits honorifiques appartenant à son épouse. C'est une des trois prérogatives dont parle Pothier lorsqu'il veut définir ses pouvoirs : « La première chose en laquelle il

(48) POTHIER, *Traité de la puissance du mari sur la personne et sur les biens de la femme*, n° 86.

(le bail sur les propres de la femme) consiste est de donner au mari pendant le mariage tout ce qu'il y a d'honorifique attaché aux biens propres de sa femme » (49). Il a le droit de prendre le titre des seigneuries de sa femme et de sommer les vassaux de venir lui faire hommage et par conséquent de recevoir leur foi; s'ils ne viennent pas, il peut recourir à la saisie féodale du fief. Il peut aussi exercer le droit de justice, de patronage et même recevoir au nom de sa femme le rachat des rentes qui lui appartiennent. Enfin, on a admis que le mari pourrait exercer le droit de retrait féodal, bien que ce droit soit considéré comme appartenant généralement au plein propriétaire. Ces diverses prérogatives montrent pertinemment que les pouvoirs du mari, à partir du XVI^e siècle, ne sont plus ceux d'un administrateur, mais bien plutôt ceux d'un usufruitier. Il faut d'ailleurs remarquer que la contrepartie de ces larges pouvoirs réside dans l'octroi à la femme de garanties qui, comme la séparation de biens, lui permettent de se protéger contre les conséquences d'une mauvaise gestion.

Le fondement de ces prérogatives importantes du chef de la communauté doit être recherché dans la nouvelle idée d'incapacité de la femme mariée. Celle-ci ne pouvant agir seule, il était normal que peu à peu le mari vît augmenter ses droits dans le ménage au point d'en arriver à supplanter son épouse. « *Uxor non est propria socia sed speratur fore* » (50). Originellement construit en vue d'assurer la subsistance du ménage par la perception des revenus des patrimoines propres et par suite limité aux actes d'administration courante, le droit de jouissance a vu alors sa raison première s'estomper pour n'apparaître que comme une conséquence de l'incapacité de la femme mariée, inhabile à gérer même son propre patrimoine. Dans ces conditions, il n'était pas étonnant que le droit de jouissance ne soit plus seulement défini comme « le bail » des propres de la femme, mais aussi comme « le bail et l'usufruit » de ces biens.

29. — Le Code civil de 1804, conservant l'incapacité de la femme mariée, devait en conséquence maintenir les prérogatives importantes du mari sur les biens de son épouse et considérer le droit de jouissance comme l'équivalent d'un usufruit. Mais une telle conception ne saurait plus être admise aujourd'hui, puisque la femme commune en biens a retrouvé sa pleine capacité civile. Dès avant 1938, elle n'apparaissait plus d'ailleurs conforme à

(49) POTHIER, *op. cit.*, n° 87.

(50) Albert CHÉRON, *Etude sur l'adage « uxor non est propria socia sed speratur force »*, thèse Paris, 1901. Voir aussi : SIRAMY, *Etude sur les origines, les caractères de l'autorisation maritale dans l'histoire du droit français*, 1901; TYPALDO-BASSIA, *La communauté de biens conjugale dans l'ancien droit français*, 1903.

l'évolution des mœurs et, dans un arrêt du 19 mai 1936 (51), la Cour de cassation affirmait déjà que le mari n'avait pas un véritable droit d'usufruit sur les propres de son épouse. Depuis la loi du 18 février 1938, cette affirmation a été reprise par un autre arrêt de la Cour de cassation du 28 décembre 1949 (52), mais il n'apparaît pas que les juridictions inférieures en aient tiré les conséquences normales. Cela vient, sans doute, de ce que jusqu'à présent, les auteurs et la jurisprudence n'ont pas assez recherché quelle était la véritable nature juridique du droit de jouissance de la communauté sur les propres des époux.

SECTION II

LA VÉRITABLE NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE JOUISSANCE

30. — Le droit de jouissance de la communauté sur les biens personnels des époux constitue, en réalité, une institution *sui generis* qu'on ne peut rattacher à aucune autre catégorie juridique. Il n'existe dans notre droit aucune autre institution susceptible de traduire dans les faits une association à ce point poussée qu'à l'union des personnes corresponde une union de biens; il apparaît impossible de donner au droit de jouissance une étiquette qui ne pourrait être qu'approximative. On peut cependant déterminer le but et la portée de cette institution et montrer dans quelle mesure elle est compatible avec l'octroi de la capacité civile à la femme commune en biens. Mais il ne faut pas oublier que le droit de jouissance est commandé par l'intérêt de la famille qui doit obligatoirement prévaloir sur l'intérêt personnel des époux.

I. — Le but et la portée du droit de jouissance.

31. — Le mariage implique de toute évidence la vie commune sous le même toit, à la même table, et cette vie commune doit durer, si c'est possible, aussi longtemps que les époux. Mais une telle communauté d'existence implique de lourdes charges auxquelles les époux doivent faire face dès le début de leur vie com-

(51) Cass. req., 19 mai 1936, S. 1936-I-221, D.H. 1936, p. 345. Dans le même sens la Cour de cassation belge, 12 mars 1936, *Pas.*, 1936-I-189, *Belg. jud.*, 1936, col. 469 et la note, *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 251, qui a jugé que si, « aux termes des articles 1401 et 1403 du Code civil, la communauté se compose activement de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages échus ou perçus pendant le mariage, cette jouissance, encore que les articles 1413 et 1417 parlent de la nue-propriété des biens de la femme, ne présente pas le caractère d'un véritable usufruit ».

(52) Cass. com., 28 décembre 1949, S. 1950-I-116, D. 1950, p. 210.

mune. Pour les aider, il arrive encore fréquemment de nos jours que des parents ou des collatéraux leur donnent des biens qui doivent leur permettre d'assurer la subsistance du ménage. Cependant, en règle générale, la dot ne constitue qu'un appoint et les époux doivent eux-mêmes apporter leur propre contribution. C'est là qu'intervient la notion de régime matrimonial, les modalités de cette contribution variant suivant le régime que les époux ont entendu adopter.

Le régime de séparation de biens laisse à chaque époux l'administration et la libre disposition de son patrimoine personnel; tous les biens y ont le caractère de propres et toutes les dettes y sont personnelles. Le régime consiste uniquement dans une contribution aux charges du ménage. La femme prélève elle-même sur ses revenus la somme qui représente sa part contributoire dans les charges communes et, périodiquement, elle verse cette somme au mari. Les époux peuvent régler comme ils l'entendent dans leur contrat de mariage le montant de la contribution et même décider que l'un d'eux supportera seul les charges du ménage (53). A défaut de clause expresse, chacun d'eux contribue proportionnellement à ses facultés (art. 214, al. 1, C. civ.). Mais, même une fois sa contribution personnelle versée, la femme peut encore être tenue des dettes du ménage : les tribunaux n'ont pas hésité, en effet, à considérer la femme comme personnellement engagée par des contrats passés avec des fournisseurs, même si la dette n'a pas été contractée dans son intérêt personnel (54). Cette sévérité jurisprudentielle s'explique en partie par l'impossibilité dans laquelle se trouvent les créanciers du ménage de savoir si la femme a versé ou non sa part contributoire et aussi par la nécessité de faire prévaloir l'intérêt du ménage sur la sauvegarde des patrimoines personnels (55).

Sous le régime de communauté, toutes ces difficultés disparaissent car la contribution aux charges du ménage est assurée d'une manière automatique par le droit de jouissance de la communauté sur les propres des époux. C'est là la seule raison d'être de ce droit.

32. — Le droit de jouissance de la communauté ne se justifie, en effet, que par la nécessité de faire face aux dépenses du

(53) Metz, 17 août 1858, D. 1859-II-130, S. 1859-II-49; PLASSARD, « Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage sous le régime de séparation de biens », *Études Capitaines*, p. 643.

(54) Trib. civ. Seine, 18 mars 1909, D. 1910-II-7; Trib. civ. Seine, 26 décembre 1925, D. 1926-II-77, note NAST; Paris, 22 juillet 1932, J.C.P. 1933, p. 50.

(55) SAVATIER, « L'action des créanciers pour dettes du ménage contre les époux séparés de biens », D.H. 1935, Chron., p. 25; LEROY, *Les règlements des dépenses communes sous le régime de séparation de biens*, thèse Lille, 1939; ROCHER, *Les dettes des époux séparés de biens*, thèse Rennes, 1939.

ménage (56). Il apparaît comme un *droit-fonction* et c'est la raison pour laquelle il n'est ni cessible, ni saisissable, ni susceptible d'être hypothéqué; il importe qu'à toute époque de la vie du ménage, le chef de la communauté soit en mesure de payer les dépenses normales de la société conjugale; du paiement de ces dettes dépend en grande partie la survie de la cellule familiale. En plus de la pleine propriété des biens communs, tous les fruits, intérêts, dividendes et arrérages que chacun des époux est appelé à recueillir à quelque titre que ce soit doivent servir à cet entretien.

On aurait pu, comme sous les régimes séparatistes, laisser à chacun des époux la jouissance de ses propres, à charge de verser à la communauté la totalité des revenus. Mais le régime de communauté est le régime qui réalise au maximum l'union des intérêts des époux et laisser à chacun d'eux la possibilité de percevoir les revenus de ses propres eût conduit à l'anarchie et à de nombreuses difficultés pratiques. Répondant à ces considérations de fait, le régime de communauté admet une direction unique dans le ménage chargée de gérer non seulement les biens communs mais aussi les patrimoines personnels afin de leur faire produire le maximum sans toutefois porter atteinte à leur substance.

33. — Mais, si la nécessité de subvenir aux charges du ménage constitue la raison d'être du droit de jouissance, elle en est aussi la limite. Tout acte effectué par le chef du ménage qui n'est pas commandé par cette nécessité doit être déclaré nul pour dépassement de pouvoirs. A l'inverse, la capacité reconnue à la femme commune en biens par les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 doit avoir ici des répercussions profondes car tous les actes de la femme qui ne portent pas atteinte au droit de jouissance considéré sous le seul angle de la nécessité de subvenir aux charges du ménage, doivent produire plein effet et être opposables au mari.

34. — Le droit de jouissance porte sur l'ensemble d'un patrimoine qui n'est pas une chose inerte et immuable mais qui, comme toute universalité, est doté d'une vie propre. Comme toute universalité, ce patrimoine, au cours de son existence, subit des *fluctuations qui ne doivent dépendre que de son seul propriétaire*. En effet, ce n'est pas porter atteinte au droit de jouissance dans sa fonction essentielle que de permettre aux époux de procéder à des aliénations ou à des achats puisque ce droit verra son assiette modifiée mais non diminuée. Il en résultera simplement qu'au lieu de porter sur des biens strictement déterminés, il portera

(56) COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 197; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 270; JOSSERAND, T. III, n° 97; Hélène SINAY : « Une réforme des régimes communautaires par la suppression du droit de jouissance de la communauté sur les propres des époux », J.C.P. 1950-I-878, n° 3.

sur des biens qui pourront varier et en quantité et en qualité. Le droit de jouissance n'implique donc pas la possibilité pour la femme de ne vendre que la nue-propriété de ses biens personnels, *il est compatible avec une vente en pleine propriété, qui respectera la nécessité de procurer des ressources au mari pour le paiement des dettes du ménage.*

Ainsi la femme commune en biens pourra échanger seule un de ses biens personnels ou même en effectuer seule le remploi; dans ce dernier cas, elle ne sera tenue que d'accomplir les formalités de publicité prévues par les articles 1434 et 1435 du Code civil. Elle pourra même procéder seule à l'aliénation de la pleine propriété d'un de ses biens sans rachat puisque la communauté aura seule qualité pour encaisser les deniers provenant de la vente, en raison de leur caractère fongible et consommable. La communauté ne verra alors en aucune manière ses ressources diminuer puisque le droit de jouissance se reportera sur les deniers dont elle ne devra qu'une récompense à la dissolution du ménage.

Cette solution est la seule qui soit compatible avec la réforme opérée par les lois de 1938 et de 1942 et elle est commandée par les précédents historiques. L'octroi à la femme mariée de sa pleine capacité civile doit avoir pour conséquence un retour aux origines de la communauté. L'idéal serait certes de revenir à la collaboration des époux pour tous les actes importants du ménage, mais l'évolution du régime se fait dans le sens d'une plus grande liberté d'action de chaque conjoint. Aussi, en l'état actuel de la législation, la seule solution valable consiste-t-elle à permettre à la femme commune en biens d'effectuer seule des actes de disposition sur son patrimoine personnel.

35. — Ce faisant, on rétablit l'équilibre entre les pouvoirs du mari et ceux de la femme sur leur patrimoine personnel. Avant la réforme de la publicité foncière, le mari ne pouvait pratiquement disposer de ses immeubles personnels ou même des immeubles communs sans le concours de son épouse qui renonçait à se prévaloir de son hypothèque légale. Depuis le décret du 4 janvier 1955, l'hypothèque légale de la femme mariée est soumise à la double exigence de la spécialité et de la publicité; pratiquement, la femme effectuera rarement ces formalités. Aussi, désormais, peut-on soutenir que le mari a la possibilité de procéder seul à l'aliénation de ses biens personnels. On ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même pour la femme commune en biens.

Ainsi donc, l'octroi à la femme commune en biens de la liberté de disposition de la pleine propriété de ses propres se trouve commandée par le but du droit de jouissance, par les précédents historiques et par les inconvénients pratiques qu'il évite. Cependant, nous n'entendons pas accorder à l'épouse un pouvoir discrétionnaire qui serait contraire à l'esprit du régime de communauté.

Il ne faut pas oublier qu'en adoptant un tel régime les époux ont entendu faire prévaloir l'intérêt de la famille sur leurs intérêts égoïstes. Le moyen d'y parvenir doit être recherché dans une extension de la théorie de la fraude qui, désormais, ne doit pas seulement permettre de sauvegarder les droits de la femme contre les abus de pouvoir du chef de la communauté, mais qui doit aussi assurer la suprématie de l'intérêt de la famille sur les buts purement personnels de l'un quelconque des conjoints.

II. — La primauté de l'intérêt de la famille.

36. — La primauté de l'intérêt de la famille sur l'intérêt personnel des époux paraît bien avoir été la préoccupation essentielle du législateur en ce qui concerne les rapports entre époux. Les exemples pourraient en être multipliés à l'infini mais certains d'entre eux méritent particulièrement notre attention car ils sont vraiment caractéristiques.

37. — Tout d'abord, pour le choix de la résidence du ménage, alors que l'article 214, dans sa rédaction de 1804, décidait simplement que « la femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider », l'article 215 nouveau, après avoir maintenu dans son alinéa premier le principe du libre choix par le mari de la résidence, ajoute dans son alinéa deux que « lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral, la femme peut, par exception, être autorisée à avoir pour elle et ses enfants une autre résidence fixée par le juge ». Cette formule marque bien que la fonction du chef de famille doit être exercée dans l'intérêt commun des membres du ménage et non pas suivant les convenances personnelles du mari.

38. — De même, suivant l'article 223, « la femme peut exercer une profession séparée à celle de son mari à moins que ce dernier ne s'y oppose ». En effet, l'autorité du mari est une fonction qui s'exerce dans l'intérêt commun des membres de la famille et c'est la raison pour laquelle la loi lui permet de s'opposer à l'exercice par son épouse d'une profession qui, tout en étant peut-être lucrative, porterait atteinte à la bonne marche du ménage. Là encore, l'intérêt de la famille doit prévaloir sur l'intérêt personnel de l'un des époux. Et c'est cette même raison qui limite le droit d'opposition puisque, aux termes de l'article 223, alinéa 3, « si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille, la femme peut être autorisée par justice à passer outre, auquel cas les engagements professionnels qu'elle a pris depuis l'opposition sont valables ».

Ce même souci de la primauté de l'intérêt de la famille doit nous amener à sanctionner d'une manière efficace les actes que la femme commune en biens pourrait être tentée de passer et qui porteraient atteinte au droit de jouissance de la commu-

nauté, en ne permettant plus au mari de percevoir des revenus suffisants pour pouvoir payer les charges d'entretien du ménage.

39. — Faisant suite à une tradition de notre ancien droit (57), la jurisprudence sanctionne par la nullité les aliénations à titre onéreux de biens communs effectuées par le mari en fraude des droits de son épouse (58) : il en est ainsi lorsque le mari emploie les biens communs à l'acquisition d'une rente viagère sur sa propre tête (59), donne à bail à un tiers, peu de temps avant sa mort, un immeuble sur lequel les époux, en le vendant, s'étaient réservés jusqu'au décès un droit d'usufruit (60), ou vend à bas prix et avec réserve d'usufruit tous les meubles et les immeubles communs (61). Cette jurisprudence s'explique par le désir de protéger la femme contre les abus de pouvoir du mari, mais surtout par un souci très net de faire prévaloir l'intérêt de la famille sur l'intérêt personnel du chef de la communauté.

La même idée se retrouve dans la sanction des actes effectués par la femme qui exerce une profession séparée au mépris de l'opposition du mari. D'après l'article 223, alinéa 2 : « Les engagements pris par la femme dans l'exercice de cette profession sont nuls à l'égard du mari si les tiers avec lesquels elle contracte ont personnellement connaissance de l'opposition au moment où ils traitent avec l'épouse. » Cette formule équivoque a permis à certains auteurs de penser que l'on se trouvait en présence d'une inopposabilité et non pas d'une véritable nullité (62) ; la femme pourrait alors continuer à faire le commerce après l'opposition du mari, la seule conséquence en étant l'impossibilité pour elle d'engager la communauté et les biens du mari. Cependant, il vaut mieux voir dans le texte l'institution d'une nullité à la demande du mari car « une institution de sauvegarde familiale collective

(57) Art. 225 de la coutume de Paris; art. 193 de la coutume d'Orléans. Voir aussi : COQUILLE, *Questions et réponses*, quest. 96, qui déclarait que la seigneurie de la communauté est attribuée au mari, *quatenus bona fides patitur non etiam ut fraudibus via operiatur*; LEBRUN, livre I, chap. V, dist. 1, n° 60; POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 467.

(58) Henri BAUDREZ, *Des limites qu'il conviendrait d'apporter aux pouvoirs du mari dans l'administration des biens de la communauté*, thèse Paris, 1905; Jean VÉRON, *Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme*, thèse Paris, 1924; Pierre LÉCUYER, *De la fraude par le mari dans la gestion des biens communs en matière de communauté*, thèse Rennes, 1939; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4° éd., 1949, n° 164, pp. 301 et suiv.

(59) Paris, 21 juillet 1871, S. 1872-II-301.

(60) Cass. req., 27 juillet 1930, D.H. 1930-113, S. 1932-I-97, note HUBERT. Il en est de même si le mari apporte à une société à responsabilité limitée hâtivement constituée, alors qu'une demande en divorce pouvait être prévue, un fonds de commerce commun, moyennant des parts inaliénables (Trib. civ. Thionville, 29 octobre 1952, D. 1953-620, note WEILL).

(61) Paris, 24 juillet 1928, S. 1929-II-97, note BEQUIGNON.

(62) Voir notamment JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, J.C.P. 1943-I-304, n° 25.

n'est pas adéquatement protégée par la sanction individualiste d'une inopposabilité au seul mari » (63).

40. — Ainsi, dans ces deux cas, l'intérêt supérieur de la famille se trouve sauvegardé par l'existence d'une action en nullité au profit de l'un des époux. Nous ne pensons pas que ces solutions doivent être entendues d'une manière restrictive mais nous croyons, au contraire, qu'elles ne sont que l'application d'un principe plus général qui doit recevoir de nombreuses applications sous le régime de communauté. L'action en nullité est la seule sanction qui puisse concilier à la fois le droit de jouissance et l'intérêt de la famille avec l'octroi à la femme commune en biens de la pleine capacité civile. Il faut donc admettre que le droit de jouissance ne met pas obstacle à la disposition par la femme de la pleine propriété de ses propres et que le mari dispose d'une action en nullité s'il s'avère que la femme n'a agi que dans son intérêt personnel et a porté atteinte à l'intérêt supérieur du ménage en appauvrissant son patrimoine au point de ne plus permettre au mari de faire face aux dépenses du ménage.

(63) CHOTEAU, « Nature et sanction de l'opposition du mari à l'exercice d'une profession par la femme », D. 1945, Chron., pp. 41 à 44. Pour une étude détaillée de la question, voir *infra*, II^e partie : « Les pouvoirs sur ses biens personnels de la femme qui exerce une profession séparée », n^o 322 et suiv.

CHAPITRE II

LA PRESOMPTION DE COMMUNAUTE

41. — Les articles 1402 et 1499 du Code civil établissent une présomption en faveur du patrimoine commun : en vertu du premier de ces textes, « tout immeuble est réputé acquêt de la communauté s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu à titre de succession ou de donation », et l'article 1499 donne une règle semblable pour le mobilier sous le régime de la communauté réduite aux acquêts.

Lorsque la femme était une incapable, la présomption d'acquêts n'avait pour raison d'être que la prédominance de l'esprit communautaire. Elle facilitait, certes, l'exercice des pouvoirs du mari, chef de la communauté, puisqu'elle le dispensait de toute preuve, mais il n'en résultait aucune gêne pour la femme durant le mariage puisqu'elle ne pouvait agir seule et devait, pour chaque acte, se munir de l'autorisation de son époux. Son rôle principal consistait à déterminer la répartition des biens du ménage après la dissolution de la communauté, en obligeant chacun des conjoints à faire la preuve du caractère personnel des biens qu'il revendiquait comme propres, à l'encontre de l'autre époux ou des créanciers du ménage.

Les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ayant accordé à la femme commune en biens la pleine capacité civile, la présomption de communauté apparaît désormais comme susceptible de jouer un double rôle. Le premier vise encore l'application de la présomption entre époux à la dissolution du ménage. Ce rôle de la présomption d'acquêts ne nous retiendra pas, car il

ne met pas en jeu les pouvoirs de la femme commune en biens sur ses biens personnels.

Au contraire, les lois de 1938 et de 1942 ont eu pour résultat de mettre en lumière un rôle de la présomption qui, jusque-là, passait presque inaperçu. La présomption n'apparaît plus alors comme une règle de preuve, mais comme « un instrument technique au service des pouvoirs prépondérants du mari » (1). Lorsque les règles relatives à la présomption de communauté ont été édictées, tous les pouvoirs se trouvaient concentrés entre les mains du mari et elle avait alors pour but d'assurer le crédit du mari en garantissant les tiers qui contractaient avec lui contre une action en revendication. Mais, aujourd'hui, la femme étant capable, on peut se demander si un instrument technique aussi important doit encore être au service exclusif du mari. Celui-ci est, certes, toujours le chef de la communauté et il importe de sauvegarder son crédit si on veut que les tiers fassent confiance au ménage; de plus, il ne faut pas oublier que toute faveur faite à la femme consistant en des facilités de preuve à l'égard de quiconque ouvre la porte à des fraudes contre les créanciers (2); ainsi, en cas de faillite, le mari pourrait s'entendre avec la femme pour qu'elle réclame à titre de propres des biens qui appartiennent en réalité à la communauté.

Mais, d'un autre côté, donner une trop grande importance à la présomption de communauté et exiger une preuve contraire difficile à fournir aboutissent à rendre purement théorique la capacité de la femme mariée. Pour pouvoir agir sur son patrimoine personnel, celle-ci devra alors obligatoirement obtenir le concours de son mari, concours qui viendra confirmer le caractère personnel des biens; la femme, capable, aura alors, comme au temps de son incapacité, la nécessité pratique de recourir au mari. D'ailleurs, faciliter la preuve contraire à la femme, n'est-ce pas, d'une certaine manière, faciliter le crédit du ménage, les tiers traitant facilement avec la femme puisqu'ils seront assurés de voir l'obligation contractée susceptible d'exécution ?

La présomption d'acquêts qui, auparavant, était au service exclusif du mari, ne doit donc pas anéantir la capacité de la femme et, pour cela, il faut adopter un juste milieu entre une trop grande facilité de preuve et une trop grande rigueur. On peut se demander si le régime actuel, résultant de la loi du 29 avril 1924, répond à cette exigence. Pour cela, doivent être déterminées et la portée de la présomption de communauté et les règles régissant la preuve contraire.

(1) André PONSARD, « La présomption de communauté », *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 389, n° 4.

(2) Alex WEILL, « La protection de la femme commune en biens et le crédit du ménage », *Mélanges Ripert*, T. I, p. 378.

SECTION I

LA PORTÉE DE LA PRÉSUMPTION DE COMMUNAUTÉ

42. — Rechercher la portée de la présomption de communauté, c'est essentiellement déterminer quelles personnes pourront l'invoquer, c'est-à-dire celles contre lesquelles la femme commune en biens qui veut agir sur son patrimoine personnel devra fournir la preuve du caractère propre des biens. Outre le mari, ces personnes, désignées sous le nom de « tiers » par l'article 1499, sont principalement les créanciers de la communauté. Ayant traité avec le mari, chef de la communauté, ils comptent avoir pour gage général l'ensemble des biens communs en plus des biens personnels du mari et ils sont directement intéressés à empêcher la femme commune en biens d'exercer sa capacité sur des biens qu'elle prétend posséder à titre de propres.

43. — Certains auteurs ont cru que le terme de « tiers » englobait un nombre plus considérable de personnes et notamment les créanciers personnels des époux. Ce seraient, selon l'expression de M. Fargeaud (3), « toutes les personnes autres que les époux ou leurs héritiers qui pourront se trouver intéressées à invoquer la présomption d'acquêts ». Suivant l'observation de M. Lalou (4), il existe, en effet, trois catégories de « tiers » : dans une acceptation étroite, les « tiers » sont ceux que Dumoulin appelait les « *penitus extranei* » et qui sont visés par l'article 1165 du Code civil, c'est-à-dire « ceux avec lesquels une personne n'a jamais eu de relations juridiques ». Dans une acceptation un peu moins étroite, le mot « tiers » comprend, en outre, les ayants cause à titre particulier des parties : ce sont ces tiers qui sont visés par l'article 1328 du Code civil qui leur déclare inopposable la date d'un acte sous seing privé qui n'est pas devenue certaine par l'un des événements énumérés dans ce texte. Enfin, dans une acceptation très large, le mot « tiers » comprend même les créanciers chirographaires des parties ; il en est ainsi dans l'article 1321 qui déclare que « les contre-lettres n'ont point d'effet contre les tiers » (5). Ce serait dans la dernière de ces significations, la plus large, que le mot « tiers » aurait été employé dans l'article 1499, car ceux que la loi entend protéger ce sont les créanciers auxquels

(3) Philippe FARGEAUD, *De la preuve des reprises mobilières sous le régime de la communauté*, thèse Paris, 1925, p. 252 ; de même : Maurice HURÉ, *La preuve des reprises mobilières des époux d'après la loi du 29 avril 1924*, thèse Paris, 1925, p. 156 ; HÉNAFF, *La question de la preuve des reprises mobilières*, thèse Rennes, 1926, pp. 99-116 ; Montpellier, 12 novembre 1924, D.P. 1925-II-17, note SAVATIER qui approuve.

(4) Henri LALOU, *La pratique de l'inventaire dans les régimes de communauté depuis la loi du 29 avril 1924*, éd. 1925, n° 10, p. 23.

(5) Cass. civ., 8 mars 1893, D. 1893-I-243 ; Cass. req., 15 juillet 1896, D. 1897-I-460 ; Cass. civ., 15 mai 1944, D.A. 1944, J. 86.

pourrait préjudicier une collusion entre époux et parmi ceux-ci les créanciers chirographaires du mari se trouveraient particulièrement intéressés. En faveur de cette interprétation large, les auteurs invoquent en outre les travaux préparatoires de la loi de 1924 qui semblent assimiler les créanciers de l'un des conjoints aux créanciers de la communauté (6). N'est-ce pas, en effet, avec le même sens que l'on rencontrait le mot « tiers » dans l'article 4 de la loi du 13 juillet 1907 ? C'est d'ailleurs ce précédent qui a été invoqué avec complaisance et à plusieurs reprises au cours des travaux préparatoires, traduisant le désir de mettre ainsi en accord l'article 1499 avec la législation de 1907.

44. — Cependant, « l'emploi du mot « tiers » dans la loi de 1907 n'a jamais été interprété comme faisant exception à la règle qui fait des créanciers chirographaires des ayants cause de leur débiteur » (7). En traitant les créanciers de la communauté comme des tiers, l'article 1499 fait échec à la règle que les créanciers n'ont pas plus de droits que leur débiteur et, en conséquence, il faut restreindre son application aux créanciers de la communauté (8). C'est ce qu'avait déjà décidé, sous le régime antérieur à la loi de 1924, un arrêt de la Cour de Nancy du 1^{er} juillet 1911 (9) dans une espèce où une veuve se trouvait en conflit pour l'exercice de ses reprises avec le syndic de la faillite de sa fille, héritière de son père. La veuve demandait à faire la preuve par tous moyens, à défaut d'inventaire dressé par son mari, d'une somme de 10.000 francs qu'elle avait reçue par succession durant le mariage. Le syndic soutenait que la preuve ne pouvait être administrée que par inventaire ou état en bonne forme, mais la Cour rejeta sa prétention et autorisa la femme à prouver par tous moyens, écartant ainsi les créanciers personnels de l'héritière de l'époux.

En conséquence, seront uniquement traités comme des « tiers » pouvant se prévaloir de la présomption de communauté à l'encontre de la femme commune en biens tous ceux ayant traité avec le mari durant le mariage. C'est d'ailleurs en ce sens qu'on a pu voir dans la présomption un instrument technique au service du mari (10). Peu importe que ces créanciers ou ces acquéreurs aient traité avec lui pour ses besoins personnels, car la confusion de fait qui existe entre ses biens et les biens communs leur donne

(6) Rapport Jouselin, *Bull. soc. et lég.*, 1921, p. 44; Rapport Morand au Sénat, J.O., *Doc. parl. Sénat*, 1922, Annexe 402, p. 451, col. 2.

(7) François GUIBAL, *Les reprises mobilières de la femme sous les régimes de communauté conventionnelle et la loi du 29 avril 1924*, thèse Montpellier, 1929, p. 115.

(8) Henri CAPITANT, « De la preuve des reprises sous le régime de la communauté depuis la loi du 29 avril 1924 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1925, pp. 495 et suiv., spécialement pp. 519-520; André PONSARD, *préc.*, n° 8, 9 et 10.

(9) Nancy, 1^{er} juillet 1911, S. 1912-II-55.

(10) André PONSARD, *préc.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 393, n° 9.

un droit de gage général. Mais doivent être écartés de l'application de l'article 1499 les créanciers du mari soit antérieurs au mariage, soit postérieurs à la dissolution du régime matrimonial. Lorsqu'ils ont traité avec le mari, ils ne comptaient pas dans leur gage général les biens de la communauté et le fondement de la présomption, à savoir le crédit du ménage, se trouve hors de cause.

45. — Le mari, pour défendre ses prérogatives de chef de la communauté, peut invoquer la présomption édictée par les articles 1402 et 1499 à l'encontre de tous les ayants cause de la femme. Celle-ci, pratiquement, ne peut aliéner un de ses biens personnels sans prouver que ce bien est sa propriété. C'est aussi une des raisons qui fait que la femme commune en biens qui ne possède pas de patrimoine réservé ne peut se faire ouvrir un compte en banque sans la procuration de son mari. Certes, les deniers, en raison de leur caractère fongible et consommable, constituent en règle générale des biens communs soumis comme tels à l'administration et à la jouissance exclusive du mari, mais il peut se trouver des cas où ils ne perdent pas leur individualité : il en est notamment ainsi de ceux que la femme conserverait après l'aliénation d'un de ses propres en vue d'effectuer un emploi. Elle pourrait alors vouloir, au lieu de les garder par devers elle, les déposer dans une banque mais cela lui sera très difficile car le banquier ne manquera pas de lui demander des justifications qu'elle aura beaucoup de mal à fournir en raison de la multiplicité des comptes qu'elle peut se faire ouvrir par représentation de son mari et dont le plus caractéristique est le « compte de ménage » (11).

La présomption de communauté constitue donc bien un instrument technique important mis à la disposition du mari et des créanciers ou acquéreurs de la communauté. Le nombre de ceux appelés à l'invoquer est assez important pour déjà retirer à la femme toute velléité d'indépendance dans la gestion de son patrimoine personnel. Cependant, un tel obstacle ne serait pas insurmontable si la preuve de la propriété que la femme doit fournir n'est pas trop rigoureuse. En définitive, c'est dans la plus ou moins grande facilité de la preuve contraire que se trouve la clef de l'efficacité pratique de la capacité reconnue à la femme commune en biens.

(11) FRÉJAVILLE, « Le compte de banque de la femme mariée dit *compte de ménage* », J.C.P. 1943-I-364; « Les comptes en banque des femmes mariées », J.C.P. 1943-I-373; HAMEL, « Les comptes en banque des femmes mariées et la monnaie scripturale », D.C. 1943, Chron., pp. 13 et suiv.; R. VANARD, « Les comptes de chèques de la femme mariée », *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26125.

SECTION II

LA PREUVE CONTRAIRE

46. — Au XIII^e siècle, il n'y avait ni reprises en deniers, ni récompenses et le mobilier, comme les dettes, tombait toujours en communauté; le problème de la preuve contraire de la présomption de communauté ne se posait donc pratiquement pas. Ce n'est qu'au début du XVI^e siècle, avec l'apparition des clauses de réalisation et de séparation de dettes qu'il prit une grande importance (12). Au début, la preuve contraire ne pouvait se faire que par inventaire (13), mais, au fur et à mesure que les clauses de réalisation se généralisèrent, l'inventaire apparut comme une formalité gênante et on recourut peu à peu à des moyens plus simples pour déterminer le caractère propre du mobilier. La jurisprudence du XVII^e siècle se contenta d'une simple preuve établie par écrit (14) et la pratique alla même plus loin puisque, dès le début du XVIII^e siècle, on tendait à permettre aux époux de faire la preuve contraire par tous moyens. L'évolution fut achevée avec Pothier qui mentionna l'enquête par commune renommée comme moyen normal pour justifier la quantité de mobilier que les époux ou l'un d'eux avaient lors du mariage (15). Ainsi donc, notre ancien droit, très sévère au début puisqu'il exigeait une preuve authentique par inventaire, finit par admettre la preuve par commune renommée, faisant prévaloir l'intérêt personnel des époux sur l'esprit communautaire particulièrement fort aux origines de la communauté (16).

Les rédacteurs du Code civil de 1804 voulurent abolir cette pratique trop libérale qui, en favorisant les collusions entre époux, avait dû donner lieu à de véritables scandales. C'est donc animés par un esprit de réaction et par un désir de protection efficace des tiers qu'ils réglementèrent les modes de preuve à fournir pour combattre la présomption de communauté, mais ils le firent d'une façon obscure et fort imparfaite.

Pour les immeubles, l'article 1402 se contentait d'établir la présomption de communauté sans déterminer les règles de la

(12) La présomption de communauté est alors nettement exprimée par LOISEL (*Inst. Cout.*, T. I, livre II, I, n° 14) : « Tous biens sont réputés acquêts s'il n'appert du contraire. » Cf. également : RÉNUSSON, *Traité des propres*, chap. I, sect. 13.

(13) BACQUET, *Traité des droits de justice*, chap. XXI, n° 105.

(14) Cf. LAMOIGNON, *Arrêtés*, titre 32, art. 9.

(15) POTHIER, *Traité de la communauté*, T. IX, n° 300 *in fine*.

(16) L'ancien droit ne distinguait d'ailleurs pas si la reprise avait lieu à l'égard des créanciers ou entre époux, le mobilier présent du mobilier futur, la demande faite par le mari de celle faite par la femme sauf la recommandation au juge de montrer à l'égard de cette dernière plus de bienveillance.

preuve contraire, mais l'article 1499 décidait que « si le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis, n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt ». La Cour de cassation construisit avec une grande rigueur sa théorie de l'administration de la preuve en appliquant scrupuleusement ces textes et en respectant l'esprit de leurs rédacteurs.

Si dans les rapports entre époux elle estimait que l'énumération des moyens destinés à faire tomber la présomption de l'article 1499 n'était pas limitative, la preuve contraire ne se trouvant expressément écartée par aucun texte et pouvant donc se faire par tous moyens (17), à l'opposé, dans les rapports des époux — et particulièrement de la femme — avec les créanciers communs, elle érigeait en présomption *juris* et *de jure* la règle de l'article 1499 et admettait que seul un inventaire authentique pouvait la renverser (18). Le texte exigeait simplement, pour établir les droits des époux, la constatation du mobilier dans un « inventaire ou état en bonne forme » mais, pour expliquer ces mots, la Cour de cassation faisait appel à l'article 1510, alinéas 2 et 3 du Code civil, relatif à la clause de séparation de dettes, qui reconnaissait expressément aux créanciers de l'un et de l'autre époux le droit de poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié par acte authentique, comme sur tous les autres biens de la communauté.

Si cohérente que parut la construction de la Cour de cassation, les conséquences en étaient si rigoureuses pour la femme commune en biens que la doctrine et certaines Cours d'appel cherchèrent à l'adoucir par un certain nombre de tempéraments dont la base semblait se trouver dans la loi elle-même. Cette nouvelle interprétation fut préconisée par Bufnoir dans deux notes au Sirey (19). Selon cet auteur, il fallait distinguer entre les reprises en nature et les reprises en valeur; l'article 1499 ne s'appliquait qu'au cas où la femme commune en biens invoquait un droit de propriété pour distraire des apports de la masse commune; ce texte visait donc uniquement les reprises en nature sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant qu'elles s'exerçaient dans les rapports des époux entre eux ou dans leurs rapports avec les créanciers. L'article 1504

(17) Voir notamment : Cass. req., 30 juillet 1872, D. 1873-I-241; Cass. req., 14 mars 1877, S. 1878-I-5, note LABBÉ.

(18) Cass. civ., 19 juin 1855, D. 1855-I-305, S. 1855-I-506; Cass. req., 16 janvier 1877, D. 1878-I-265, S. 1877-I-169; Cass. civ., 22 novembre 1886, D. 1887-I-114, note GUÉNÉE, S. 1889-I-465, note BUFNOIR; Cass. req., 22 juillet 1889, D. 1890-I-421, S. 1893-I-405; Cass. civ., 15 mars 1899, D. 1899-I-569, S. 1900-I-113, note LYON-CAEN; Cass. req., 15 mai 1899, D. 1899-I-398; Cass. req., 3 mars 1902, D. 1904-I-188, S. 1902-I-397; Cass. civ., 29 décembre 1902, D. 1904-I-401, note GUÉNÉE; Cass. req., 25 novembre 1903, D. 1905-I-505, note CAPITANT, S. 1904-I-260; Cass. civ., 24 janvier 1906 et 5 février 1908, D. 1908-I-353, note DE LOYNES, S. 1908-I-193; Cass. civ., 3 janvier 1910, D. 1910-I-113, S. 1912-I-145; Cass. civ., 6 mai 1918, D. 1922-I-14.

(19) Notes BUFNOIR au S. 1885-II-25 et S. 1889-I-465.

se plaçait, au contraire, à un autre point de vue : écrit dans une section relative à la clause d'apport, il visait les reprises en valeur et la situation de la femme vis-à-vis des créanciers de la communauté était la même que vis-à-vis du mari : l'article 1504 ne distinguant pas, il lui était possible d'utiliser contre eux-mêmes la preuve par commune renommée.

Cette interprétation se conciliait fort bien avec les dispositions du Code de commerce, relatives au cas de faillite du mari, où la distinction proposée se trouvait nettement exprimée par les articles 560 et 563. Aussi fut-elle accueillie favorablement par une partie importante de la doctrine (20) et par de nombreuses Cours d'appel qui se rangeaient à l'interprétation première des Cours d'appel d'Angers et de Dijon (21). Cependant, devant l'intransigeance persistante de la Cour de cassation, un certain nombre de ces Cours abandonnèrent peu à peu ce point de vue (22) et on put croire un moment que l'unanimité allait se faire autour du système de la Cour suprême lorsque deux arrêts de la Cour de Paris du 28 janvier 1904 et du 27 novembre 1905 (23) ranimèrent la lutte; ils auraient certainement abouti à un arrêt de principe fixant la jurisprudence si la loi du 29 avril 1924 n'était venue interrompre le débat. Cette intervention législative se justifiait d'autant mieux que le système rigoureux de la Cour de cassation ne paraissait plus approprié à la nouvelle composition des fortunes : il était, notamment, excessif de n'admettre aucune dérogation à l'exigence de l'acte authentique pour les valeurs mobilières nominatives.

La loi du 29 avril 1924 ne modifie pas l'article 1402 du Code civil mais elle dispose dans l'article 1499 du Code civil que « le

(20) GUILLOUARD, T. III, n° 1481; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. II, n° 1308; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, T. VIII, n° 901; PLANIOL, note au D. 1890-II-217; GUÉNÉE, note au D. 1897-I-113; CAPITANT, note au D. 1903-II-433; GOUYON, *Des questions de preuve en matière de reprises matrimoniales*, thèse Paris, 1900, pp. 160 et suiv.

(21) Angers, 26 mai 1869, D. 1869-II-239, S. 1870-II-85; Dijon, 4 février 1884, D. 1884-II-169; Paris, 27 juin 1894, D. 1895-II-123; Dijon, 14 décembre 1896, cassé le 15 mars 1899, D. 1899-I-569; Agen, 24 mars 1902, D. 1903-II-433, note CAPITANT; Montpellier, 10 avril 1906, cassé le 3 janvier 1910, D. 1910-I-113, note DE LOYNES, S. 1912-I-145, note WAHL.

(22) Douai, 12 février 1897, D. 1898-II-140; Paris, 27 juin 1894, D. 1895-II-123; Rouen, 9 mars 1898, D. 1899-II-13; Dijon, 18 décembre 1902, D. 1904-II-86; Caen, 2 mai 1900, D. 1904-I-188; Caen, 10 juillet 1912, D. 1913-II-173; Montpellier, 12 novembre 1924, D.P. 1925-II-17.

(23) Paris, 28 janvier 1904, D. 1904-II-88; Paris, 27 novembre 1905, cassé le 5 février 1908, D. 1908-I-358, note DE LOYNES : affaire Perrier c. Vve Chauvel; Orléans, 23 février 1910, D. 1911-II-345, maintint la solution de la Cour de Paris; Cass., 6 mai 1918, D. 1922-I-14, cassa de nouveau, mais il y avait une différence dans les moyens invoqués; Bourges, 30 mai 1921, S. 1923-II-20, sur renvoi, reprit le système des premiers juges; Ch. réunies, 3 juillet 1930, D.P. 1930-I-219, note CAPITANT, firent application de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation.

meuble existant lors du mariage ou échu depuis est réputé acquis, sauf preuve contraire, établie suivant le droit commun à l'égard des tiers. Entre époux, la preuve est réglée par les articles 1502 et 1504 ». Le législateur consacre ainsi la distinction de base du système de la Cour de cassation, il sépare la preuve entre époux de la preuve à l'égard des tiers et il rejette implicitement celle admise par la doctrine et certaines Cours d'appel entre le cas où les reprises s'exercent en nature et celui où elles s'exercent en valeur.

I. — Preuve à l'égard du mari.

47. — En matière immobilière, le Code civil n'a pas jugé utile d'édicter des règles spéciales pour la preuve contraire, l'article 1402 du Code civil qui édicte la présomption d'acquêt réserve simplement la possibilité d'une telle preuve. Les rédacteurs du Code civil ont pensé, en effet, que les règles du droit commun suffisaient. L'origine de la propriété des immeubles ne donne lieu que rarement à contestation, il y a presque toujours des écrits constatant l'acquisition et les recueils de jurisprudence contiennent fort peu de décisions rendues à ce sujet (24). En règle générale, la preuve se fera donc à l'aide d'un écrit constatant le droit de propriété; à défaut de cet écrit, la femme pourra établir à l'aide de tous moyens de preuve, tels que registres et papiers domestiques, témoignages ou présomptions simples, qu'elle avait la possession de l'immeuble avant le mariage ou qu'elle continue celle qu'avaient commencée ses auteurs.

48. — En matière mobilière, la preuve contraire entre époux est réglée par les articles 1502 et 1504 du Code civil. Ces articles ne font en réalité que consacrer la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation (25). Les modes de preuve autorisés par ces articles varient suivant qu'il s'agit du mobilier que la femme possédait avant son mariage ou du mobilier qu'elle a acquis durant la communauté.

49. — D'après l'article 1504 du Code civil, « le mobilier qui échoit à chacun des époux pendant le mariage doit être constaté par un inventaire ». Mais « si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur de ce mobilier ». Le législateur se montre donc extrêmement large dans l'administration de la preuve contraire puisque, en l'absence d'inventaire de ses propres

(24) Voir pourtant : Cass. req., 29 décembre 1836, S. 1837-I-437; Cass. req., 22 novembre 1859, D. 1860-I-10.

(25) FARCEAUD, *op. cit.*, p. 245; CAPITANT, *préc.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1925, p. 509, n° 13; VIAUTE, « Commentaire de la loi du 29 avril 1924 », *Journ. des notaires et des avocats*, 1924, art. 33921, n° 7 *in fine*.

échus au cours du mariage, la femme peut faire valoir tous les modes de preuves en son pouvoir : titres, témoins et même commune renommée.

Ce dernier mode de preuve qui ne peut être invoqué que contre le mari, prend ici le caractère d'une sanction de la négligence ou de la faute de l'administrateur des biens de son épouse. La même sanction se retrouve d'ailleurs dans l'article 1413 du Code civil : en cas de succession échue à la femme commune en biens, si le mari a omis de faire un inventaire du mobilier, celle-ci peut faire la preuve de sa consistance et de sa valeur par tous les moyens de preuve et même par commune renommée.

Pour la présomption de communauté, la jurisprudence interprète très largement l'article 1504 puisqu'elle décide que la preuve par commune renommée s'applique aussi bien aux reprises en nature qu'aux reprises en valeur, qu'elle peut établir la consistance ou même *l'existence* du mobilier propre (26), ou encore compléter l'inventaire dressé par le mari (27).

On peut cependant se demander si les lois des 18 février 1938 et 22 septembre 1942 n'auraient pas dû entraîner une modification de l'article 1504. Nous avons vu, en effet, que ces lois avaient eu pour conséquence de faire apparaître un rôle jusqu'alors insoupçonné de la présomption d'acquêts : être un moyen de crédit au service du mari. Avant la réforme, l'article 1504 était uniquement destiné à régler les reprises des époux après la dissolution de la communauté, la présomption avait alors uniquement un rôle probatoire. Désormais, l'article 1504 est susceptible de s'appliquer durant le mariage même, lorsqu'un conflit de propriété au sujet d'un meuble n'existe qu'entre les époux. Admettre dès lors la femme à prouver son droit par la commune renommée qui peut n'être qu'un tissu de racontars, aboutit à affaiblir considérablement les prérogatives du chef de la communauté : il est possible à la femme de mettre en échec les dispositions de l'article 1421 en disposant seule d'un bien commun.

A notre avis, l'article 1504 aurait dû être modifié dans le sens d'une plus grande sévérité et la femme n'aurait pas été sacrifiée puisque, capable, il lui est possible, en cas de carence du mari, de faire dresser elle-même l'inventaire du mobilier qui lui est échu durant le mariage.

50. — En ce qui concerne la preuve du mobilier présent, la règle était formulée, sous l'empire du Code civil de 1804, par l'article 1499 qui exigeait qu'il soit constaté dans un inventaire ou état en bonne forme. Cependant, la jurisprudence estimait que l'énumération des moyens destinés à faire tomber la présomp-

(26) Cass. req., 28 novembre 1866, sol. impl., S. 1887-I-110.

(27) Cass. req., 28 novembre 1866, précité; *contra* : Cass. req., 20 juin 1883, D. 1884-I-230, S. 1885-I-107.

tion d'acquêts n'était pas limitative dans les rapports des époux entre eux car la preuve contraire n'était écartée expressément par aucun texte. Tous les moyens de preuve pouvaient donc être invoqués (28) et leur appréciation était laissée à la discrétion des tribunaux (29).

Ceux-ci s'étaient montrés très larges dans leur appréciation : entre époux, un acte sous seing privé émanant du mari avait « le caractère d'une preuve juridique suffisante pour constituer à la demanderesse un titre de créance propre à justifier sa réclamation » (30) ; il en était de même des livres de commerce régulièrement tenus qui étaient corroborés par d'autres documents (31), d'un commencement de preuve par écrit complété par des témoignages (32) ou de l'aveu du mari (33).

La loi du 29 avril 1924 semblait devoir apporter, en ce domaine, quelque changement puisque l'alinéa 2 de l'article 1499 renvoie à l'article 1502 qui déclare que « l'apport est suffisamment justifié à l'égard de la femme par la quittance que le mari lui donne ou à ceux qui l'ont dotée ». Une telle référence n'était d'ailleurs pas heureuse et risquait de soulever de nombreuses difficultés car l'article 1502, qui n'a pas été modifié, n'est pas relatif à proprement parler à la preuve des reprises : il suppose une clause d'apport et détermine comment la femme justifiera le versement à la communauté de la somme qu'elle avait promis. De plus, ce texte n'était susceptible de viser que les reprises en valeur et non les reprises en nature.

Cependant, la Cour de cassation ne vit dans la loi du 29 avril 1924 que la consécration de son système antérieur. Elle se contenta de renforcer son contrôle sur l'appréciation des preuves par les juridictions inférieures et, pour la première fois, le 16 mai 1944 (34) elle cassa un arrêt qui avait mal apprécié la valeur des preuves produites. Elle fut ainsi amenée à préciser quels modes de preuve devaient être admis. La tendance actuelle semble être à une plus grande sévérité ; le même arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 1944 (35) ne déclare-t-il pas que la preuve nécessaire pour anéantir la présomption de communauté « ne peut résulter à l'encontre de la femme et en faveur du mari des seules mentions d'un registre domestique tenu par le père

(28) Cass. req., 30 juillet 1872, D. 1873-I-241.

(29) Cass. req., 17 août 1825, D. 1825-I-412 ; Cass. req., 3 août 1831, D. 1831-I-285 ; Cass. req., 19 juillet 1864, D. 1865-I-66 ; Cass. req., 14 mars 1877, S. 1878-I-5, note LABBÉ.

(30) Cass., 8 juillet 1877, D. 1877-I-37.

(31) Agen, 2 juillet 1869, D. 1870-II-185.

(32) Pau, 10 décembre 1858, D. 1859-II-18.

(33) Cass. req., 13 janvier 1890, D. 1891-I-66.

(34) Cass. req., 16 mai 1944, J.C.P. 1945, éd. Not. II-2847, note Boé.

(35) Cass., 16 mai 1944, préc. ; dans le même sens : Cass. civ., 30 janvier 1952, J.C.P. 1954-II-8118, note COHEN.

de ce dernier, lesdites mentions ne valant qu'à titre de renseignements pour compléter d'autres preuves » ?

Faut-il, comme le fait M. Ponsard (36), critiquer cette orientation de la jurisprudence ? Nous ne le pensons pas car, avant le mariage, il est facile à la femme de se réserver la preuve du caractère personnel du mobilier et, si elle ne le fait pas, elle n'a qu'à s'en prendre à elle-même de sa propre négligence. Bien au contraire, nous croyons que la reconnaissance à la femme commune en biens de la pleine capacité civile aurait dû entraîner un alignement sur cette base de toute la preuve entre époux du caractère propre du mobilier, qu'il soit acquis antérieurement au mariage ou qu'il soit advenu au cours de l'union conjugale. Les effets de la capacité civile ne doivent pas être à sens unique, ils doivent comporter un surcroît de responsabilité pour la femme commune en biens.

D'ailleurs, il ne fait pas de doute que la preuve à l'encontre du mari du caractère personnel du bien dont la femme entend disposer ne sera que rarement suffisante; le plus souvent, pour donner pleine sécurité au tiers acquéreur, elle devra aussi combattre la présomption d'acquêts à l'encontre des créanciers de la communauté.

II. — Preuve à l'égard des créanciers de la communauté.

51. — En matière immobilière, comme lorsqu'il s'agissait de renverser la présomption d'acquêts à l'encontre du mari, la preuve contraire ne soulève pas, en général, de difficultés particulières. Il appartient à la femme de démontrer son droit de propriété soit par titres, soit par possession antérieure au mariage ou résultant d'une succession à elle échue. Elle dispose souvent des moyens nécessaires pour faire cette preuve car les ventes ou les échanges sont passés devant notaire. Si les actes notariés donnaient à la communauté la qualité de propriétaire, alors qu'en vertu des règles du régime de communauté le bien eût dû être propre à la femme, celle-ci pourrait très facilement faire rétablir la vérité juridique car le caractère propre ou commun des biens dépend de conditions objectives et la volonté des époux n'y est pour rien.

52. — En matière mobilière, la loi du 29 avril 1924 est venue modifier l'article 1499 du Code civil pour remédier à la trop grande sévérité de la Cour de cassation qui ne faisait aucune distinction entre les meubles corporels et les meubles incorporels et qui, surtout, maintenait son exigence de l'acte authentique en présence d'un aveu des créanciers communs reconnaissant le

(36) PONSARD, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 422, n° 40.

caractère personnel des biens. Désormais, la preuve contraire doit être « établie suivant le droit commun ».

On se heurte immédiatement à la difficulté la plus importante soulevée par la réforme, celle de savoir ce que la loi a voulu dire en décidant que la preuve contraire devait être faite suivant les règles du droit commun et il est d'autant plus malaisé de la résoudre qu'au cours des travaux préparatoires on ne s'est nullement préoccupé de prévoir ce que serait le droit commun.

53. — Pour certains auteurs (37), c'est au droit commun des obligations que le législateur aurait voulu renvoyer. La femme serait donc tenue de produire un écrit au-dessus de 5.000 francs, la preuve par témoins n'étant permise que pour des meubles d'une valeur inférieure à cette somme, c'est-à-dire dans des cas très rares. Pour appuyer leur théorie, ces auteurs invoquent la discussion qui s'était engagée à la Société d'Etudes législatives autour de la réserve introduite tout d'abord dans l'article 1499 pour la reprise du mobilier en nature et notamment le rapport de M. Cautru (38) à la Chambre des Députés, qui déclarait que « l'article 1499 protégera la femme d'une manière efficace et sans péril pour les tiers. La présomption édictée contre elle sera une présomption *juris tantum* et pourra être détruite par la preuve contraire — preuve littérale, aveu, serment, preuve testimoniale même au-dessous de 150 francs, s'il y a un commencement de preuve par écrit ».

Une telle opinion a le tort de sacrifier complètement les intérêts de la femme tout en accordant aux créanciers de la communauté des sûretés que ne justifie pas le crédit du ménage. En matière mobilière, il n'est que rarement dressé un écrit et on prive ainsi la femme de tout pouvoir sur des biens dont il ne fait pas de doute qu'ils ont le caractère de propres. Une telle théorie aboutirait donc, par son intransigeance, à empêcher la femme commune en biens d'exercer sa capacité sur ses biens personnels. Elle est d'ailleurs contraire à l'esprit de la loi du 29 avril 1924 qui a entendu réagir contre la trop grande sévérité adoptée en la matière par la Cour de cassation. Enfin la transposition de la preuve du droit commun des obligations n'est ici possible qu'au prix de graves déformations (39).

54. — Pour d'autres auteurs (40), l'expression employée par le législateur manifeste clairement sa volonté d'écarter la preuve par témoins qui présente trop de dangers pour les créanciers de

(37) FARGEAUD, préc., pp. 259 et suiv.; COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 507, pp. 288-289.

(38) *Doc. parl. Ch. députés*, 1924, Annexe n° 7251, p. 525, col. 3.

(39) PLANIOL et NAST, T. XIV, p. 229, suppl. au n° 441 du T. VIII; André PONSARD, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 408, n° 25.

(40) Henri CAPITANT, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1925, pp. 520 et suiv.; PLANIOL, RIPERT et NAST, T. VIII, n° 441.

la communauté. Une telle preuve étant proscrite même entre époux, sauf l'exception de l'article 1504, il eût été illogique de permettre à la femme d'y recourir contre les créanciers du ménage. Elle doit donc être écartée dans tous les cas, même si la femme est dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, et le droit commun auquel renvoie l'article 1499 est le droit commun du régime de communauté. Sous un tel régime, en effet, la loi exige toujours la preuve par écrit : lorsqu'elle autorise, à titre exceptionnel, la preuve par témoins ou par présomptions, elle le fait expressément, comme dans les articles 1413, 1415 ancien et 1504, alinéa 2. La preuve écrite, qui est obligatoire, peut cependant résulter d'un document quelconque, registres et papiers domestiques, relevés de comptes en banque ou livres de commerce.

Comme l'interprétation précédente, celle-ci est loin de trahir la pensée des auteurs de la loi de 1924 et elle risque de mettre souvent la femme dans l'impossibilité d'établir son droit de propriété. Il faut d'ailleurs remarquer que cette découverte d'un droit commun des preuves du régime de communauté est postérieure à la loi du 29 avril 1924 : il n'a été créé que pour expliquer l'article 1499 nouveau (41). Si ce droit commun existait, la présomption d'acquêts en constituerait la pièce essentielle et il serait pour le moins étrange que le législateur, en le créant, n'ait pas éprouvé la nécessité de le préciser davantage.

55. — Aussi croyons-nous devoir nous rallier à une autre opinion qui, tout en sauvegardant l'esprit de la loi de 1924, concilie les intérêts des créanciers et ceux de la femme commune en biens. En se référant au droit commun, le législateur a entendu assujettir la preuve aux principes généraux qui régissent la matière; il a laissé à l'interprète le soin de dégager, à propos de chaque espèce, des solutions conformes à l'équité. Il n'est donc pas possible de donner un principe général, mais simplement quelques distinctions essentielles basées sur la manière dont les meubles sont entrés dans le patrimoine propre de la femme (42). Pour les meubles présents, la femme doit simplement établir qu'elle en avait la possession avant le mariage et cette possession, qui est un simple fait, se prouve par tous les moyens. Les meubles futurs sont propres à raison de leur origine : ainsi en est-il de ceux recueillis par succession sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. La femme doit donc prouver les conditions de l'acquisition et, là encore, elle le fera par tous moyens. Un écrit lui facilitera certes la tâche, mais il n'est pas indispensable. Dès qu'elle aura établi de quelle manière le meuble est entré dans

(41) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 881, p. 290.

(42) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 882, pp. 290-291; André PONSARD, *préc.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 409, n° 25; SAVATIER, « Commentaire de la loi de 1924 », *Lois nouvelles*, 1924-I-337, n° 42 et suiv.

son patrimoine, la femme aura fait preuve complète de son droit de propriété même à l'encontre des créanciers de la communauté, et elle pourra exercer librement la capacité qui lui a été reconnue par les lois de 1938 et de 1942.

Une telle solution paraît, d'ailleurs, consacrée par la jurisprudence postérieure à la réforme de l'article 1499. Si la Chambre des requêtes, le 13 décembre 1938 (43), a rejeté la prétention de la femme, c'est parce qu'elle n'offrait en preuve que « des allégations imprécises à l'appui de sa revendication, allégations qui ne pouvaient être retenues ». La Cour de Rennes, le 25 novembre 1925 (44), a admis que la preuve de la propriété de titres pouvait être effectuée par des relevés de compte en banque établis au nom de la femme avant son mariage, et la Cour d'Amiens, le 19 mai 1936 (45), s'est contenté de lettres émanant du mari qui n'avaient pas date certaine au sens de l'article 1328.

On aboutit ainsi à une solution harmonieuse qui sauvegarde véritablement les intérêts en présence. Le crédit du ménage continue à être défendu, puisque les créanciers de la communauté ont la possibilité de saisir tous les meubles, à moins que la femme ne prouve son droit de propriété en établissant soit la date de l'acquisition, soit son origine. La femme elle-même ne trouve pas dans la présomption de communauté un obstacle insurmontable, car elle est en face d'une présomption simple qu'il lui sera assez facile de renverser. Ainsi entendue, la présomption d'acquêts constitue bien un moyen technique au service des pouvoirs prépondérants du mari, mais elle n'aboutit pas, en fait, à rétablir la puissance maritale que les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 avaient entendu supprimer.

(43) Cass. req., 13 décembre 1938, D.H. 1939-82.

(44) Rennes, 25 novembre 1925, S. 1926-II-111, D.H. 1926-43.

(45) Amiens, 19 mai 1936, S. 1936-II-210; comp. Angers, 26 novembre 1929, D.H. 1930, Somm., 27, *Rev. trim. dr. civ.*, 1930, p. 782, obs. GAUDEMET.

TITRE PREMIER

LES ALIENATIONS ET LES OBLIGATIONS

REALISEES PAR LA FEMME

COMMUNE EN BIENS

SUR SON PATRIMOINE PERSONNEL

56. — Les actes de disposition que la femme commune en biens peut réaliser sur son patrimoine personnel sont en nombre très varié, mais la distinction capitale en la matière est celle des actes à titre onéreux et des actes à titre gratuit.

Ces derniers peuvent être effectués de deux façons : par donation entre vifs ou par testament. Les legs faits par la femme commune en biens et portant sur son patrimoine personnel ne présentent que peu d'intérêt pour nous, car ils ne mettent pas en jeu sa capacité; devant recevoir effet à une époque où le régime de communauté se trouve dissous, ils ne heurtent aucun principe communautaire et ils peuvent être librement effectués et porter sur la pleine propriété des propres.

Les donations entre vifs se trouvent régies par les mêmes règles que les aliénations à titre onéreux et ne méritent pas une étude spéciale. Les principes que nous dégagerons à propos des actes à titre onéreux leur seront applicables, sauf à se montrer plus sévère dans l'appréciation de l'utilité de l'acte et de sa conformité avec l'intérêt de la famille, ce qui revient à dire que la possibilité que nous reconnaitrons au mari de faire annuler les aliéna-

tions de la femme contraires à l'intérêt du ménage, sera plus facilement ouverte en ce cas. Cela se comprend aisément. Par la donation, la femme se prive d'un bien personnel sans contrepartie, ce qui entraîne une diminution de l'étendue du droit de jouissance de la communauté. En conséquence, il ne faut permettre à la femme de l'effectuer seule que si un intérêt familial important l'exige. Nous croyons d'ailleurs que la solution idéale consisterait à étendre la disposition de l'article 1422 du Code civil aux donations de biens propres effectuées aussi bien par le mari que par la femme, cette mesure étant seule susceptible de traduire dans les faits la notion de collaboration des époux dans la gestion des biens du ménage, notion qui se révélait très importante aux origines de notre régime.

Ces éliminations étant faites, désormais nous ne retiendrons que les aliénations à titre onéreux et les obligations. Ces deux catégories d'actes sont certes symétriques et régies par les mêmes principes juridiques, mais il nous faut cependant les étudier séparément, car sous le terme d'obligations se trouvent renfermées diverses catégories d'actes qui nécessiteront, avec plus ou moins de force, l'application des règles que nous aurons dégagées.

CHAPITRE PREMIER

LES ALIENATIONS A TITRE ONEREUX REALISEES PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR SON PATRIMOINE PERSONNEL

57. — Au XIII^e siècle, le régime de communauté reposait sur une collaboration des époux dans la gestion de leurs biens; si la femme avait une situation inférieure à celle du mari, c'était uniquement dans la mesure où il était nécessaire qu'il y eût une autorité dans le ménage. L'incapacité n'était donc pas fondée sur une faiblesse de la femme : elle répondait à la nécessité d'un chef de famille.

Aussi le mari n'avait-il que le « gouvernement » des propres de son épouse (1), ce qui lui donnait le droit d'en percevoir les fruits et d'en disposer d'une manière quelconque, à condition que les biens redevenaient libres à la dissolution du ménage (2), le mari ne pouvant les grever ou les aliéner définitivement sans le consentement de la femme (3). Il était d'ailleurs plus conforme à la réalité de parler de l'aliénation de ses propres par la femme assistée de son mari, le concours de celui-ci à l'acte même n'étant

(1) *Grand coutumier*, ms. Vatican, 4790, f^o 21.

(2) *Livre de Jostice et Plet*, 8, 3, 1.

(3) *Grand coutumier*, pp. 322-323.

pas exigé et une ratification ultérieure, résultant par exemple de la défense de la femme poursuivie en justice, étant suffisante (4).

Lorsque le mari ne ratifiait pas, l'aliénation n'en était pas moins valable, elle était simplement inopposable au chef du ménage et la femme était tenue d'exécuter son obligation après la dissolution du mariage, car ni le mariage ni la communauté ne l'empêchaient d'être pleinement capable, leur seul effet était d'entraver momentanément l'exécution des actes passés.

Cette nécessité du concours des deux époux à l'aliénation d'un propre se retrouvait aussi à propos des biens du mari et les textes déclarent de la façon la plus catégorique que cette opération ne pouvait se conclure définitivement à moins que la femme n'y consentit (5) car elle avait acquis sur eux, dès le jour du mariage. « un droit de viage » appelé douaire (6).

Ainsi, les propres des époux, au XIII^e siècle, s'ils n'étaient point communs pour la propriété, l'étaient pour la jouissance. les deux conjoints devant intervenir pour que l'aliénation ait plein effet. Et cette solution s'appliquait aux conquêts. Selon M. Olivier-Martin (7) « au XIII^e siècle, il était de pratique courante, dans la région parisienne, que le mari et la femme agissent d'un commun accord pour disposer des conquêts soit à titre onéreux. soit à titre gratuit » (8). La communauté revêt donc alors nettement un caractère d'association; entre les deux époux il doit y avoir une union complète aussi bien d'intérêts que physique et morale.

Mais à partir du XVI^e siècle, le fonctionnement de la communauté se trouve dominé par la notion essentielle d'autorité maritale qui est dérivée, non plus de la nécessité d'un chef à la tête de la société conjugale, mais d'une sorte de tutelle qui, comme en droit romain, a pour but de protéger la femme, telle une mineure; alors disparaissent tous les pouvoirs que la femme

(4) *Grand Coutumier*, ms. Vatican, 4790, f^o 21; voir aussi : OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, T. II, p. 201.

(5) *Livre de Jostice et Plet*, V, § 1; BEAUMANOIR, XXI, 2; LOISEL, I, 3, n^o 5.

(6) Lorsque le mari a aliéné ses propres sans le consentement de sa femme, celle-ci, en raison de son douaire, peut agir contre l'acquéreur qui doit restituer les biens aliénés dans la proportion qui lui est due : sentence du Châtelet de Paris du 4 septembre 1454, in « Sentences civiles du Châtelet de Paris » (1395-1505), par OLIVIER-MARTIN, Lib. Sirey, 1914.

(7) OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de Paris*, T. II, p. 188.

(8) Cart. des Vaux-de-Cernay, n^os 543-544 (1254); Cart. de la Confrérie N.-D., n^o 39 (1267); GUESNON, « Un collège inconnu des Bons-Enfants d'Arras à Paris », in *Mém. Soc. d'hist. de Paris*, T. 42, p. 26 (1333); voir aussi T.A.C. de Bretagne, C. 211 et 217, pp. 215 et 218; *Livre de Jostice et Plet*, 8, 3, 2 et 9, 1, 4; LEFEBVRE, *Le droit des gens mariés*, pp. 279 et suiv.; MEYNIAL, *Répertions écrites d'histoire du droit privé*, 1925-1926, p. 174.

détenait au XIII^e siècle. Désormais elle est incapable de disposer de ses propres, c'est ce que déclare l'article 233 de la coutume de Paris : « La femme mariée ne peut vendre, aliéner ni hypothéquer ses héritages sans l'autorité et le consentement exprès de son mary et si elle fait aucun contrat sans l'autorité et le consentement dudit mary, tel contrat est nul tant pour le regard d'elle que son dit mary et n'en peut être poursuivie, ny ses héritiers après le décès de sondit mary ».

Alors qu'au moyen âge l'autorisation maritale n'était soumise à aucun formalisme, désormais la pratique et la doctrine se montrent très rigoureuses sur ce point. Un acte de notoriété du Châtelet de 1682 exigeait même, à peine de nullité, l'emploi du mot « autoriser » (9) ; la simple assistance du mari à l'acte ne suffisait pas et, à plus forte raison, une ratification postérieure était-elle sans effets (10).

Si le mari était en état de démence ou absent, la femme devait se munir de l'autorisation supplétive de justice; elle pouvait aussi demander cette autorisation lorsque le mari lui refusait la sienne sans motif valable, mais, dans tous les cas, elle ne pouvait alors aliéner que la nue-propriété de ses propres dont les fruits restaient à la communauté (11).

Si la femme agissait sans autorisation maritale ou de justice, son aliénation était nulle d'une nullité absolue (12), et non plus simplement inopposable au mari comme au XIII^e siècle. C'est ce qu'exprimait l'article 233 de la coutume de Paris qui était regardé comme l'expression du droit commun dans les coutumes muettes.

Le Code civil de 1804 consacra la plupart des solutions adoptées par la coutume de Paris et même accentua l'impossibilité d'agir de la femme en la rangeant parmi les incapables. A propos de l'aliénation des biens personnels, l'article 1428, alinéa 3, déclare : « Il (le mari) ne peut aliéner les immeubles personnels de la femme sans son consentement. » En réalité, il s'agit, dans ce texte, d'une règle juridique mal formulée qui renverse l'ordre des idées; ce n'est pas le mari qui agit à titre principal, c'est la femme dûment autorisée de son époux. La preuve en est fournie par l'article 1432 où il est dit : « Le mari qui garantit solidaiement ou autrement la vente que sa femme a faite d'un immeuble personnel, a pareillement un recours contre elle, soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels, s'il

(9) FERRIÈRE, III, p. 197.

(10) BOURJON, I, p. 583, n° 32.

(11) BOURJON, I, p. 581, n° 22; POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 13.

(12) MEYNIAL, *op. cit.*, p. 260.

est inquiété » (13). Par conséquent, c'est bien la femme qui joue le rôle de vendeur et c'est à elle seule qu'incombent les droits et obligations de l'acte.

Mais la possibilité d'agir de la femme était limitée par la nécessité d'une autorisation maritale; celle-ci ne découlait d'ailleurs pas du régime, mais du mariage. Selon l'ancien article 217 du Code civil : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit ».

L'autorisation maritale pouvait être expresse ou tacite. Si elle était expresse, elle devait être spéciale au bien qu'il s'agissait de vendre (argument tiré de l'article 223 ancien); cependant la jurisprudence, après avoir fait une application stricte de la règle de la spécialité (14), adopta une tendance moins rigoureuse à partir de 1878, sans toutefois aller jusqu'à valider une autorisation générale de vendre (15). Lorsqu'elle était tacite, l'autorisation résultait suffisamment du concours du mari à la vente (16).

L'autorisation de justice pouvait remplacer l'autorisation du mari, soit en cas de refus de celui-ci (art. 219 ancien, C. civ.), soit en cas d'impossibilité pour lui de concourir à la vente. Cette dernière éventualité était prévue par divers textes du Code civil, notamment par l'article 222 ancien, lorsque le mari était interdit ou absent, par l'article 224 ancien en cas de minorité du mari. La femme ne pouvait dès lors disposer que de la nue-propriété de ses propres (17).

Si la femme mariée avait procédé à une vente sans se munir de l'autorisation du mari ou de justice, comme tout acte passé par un incapable, la vente était nulle, d'une nullité relative qui pouvait être invoquée par la femme, par le mari ou par leurs héritiers (art. 225 C. civ.). Il n'en était autrement que si la femme avait profité de l'acte (18) ou si elle s'était fait passer pour capa-

(13) Sur l'impropriété des termes de l'art. 1428, al. 3, voir : BEUDANT, T. X, par LENOAN, n° 435; JOSSE-RAND, T. III, n° 192; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 634.

(14) Cass. req., 14 décembre 1840, S. 1840-I-954; Cass., 18 mars 1838, S. 1840-I-205.

(15) Cass., 4 juin 1878, S. 1878-I-464; Cass. req., 25 novembre 1878, S. 1879-I-58.

(16) DEMOLOMBE, T. XV, n° 224; Cass. req., 29 juillet 1868, S. 1869-I-36.

(17) BEUDANT, T. X, par LENOAN, n° 435.

(18) Cass. req., 18 mars 1844, D. 1844-I-291; Bordeaux, 16 mars 1854, D. 1855-II-246; Cass. req., 24 janvier 1855, D. 1855-I-95; Cass. req., 30 novembre 1868, D. 1869-I-132; Cass. req., 26 avril 1900, D. 1900-I-455.

ble, l'acheteur étant alors victime d'une erreur commune (19) ou la femme ayant commis un dol (20).

Les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ont accordé à la femme mariée la pleine capacité civile, mais l'article 216, alinéa 2, du Code civil prévoit que l'exercice de cette capacité peut être limité par le contrat de mariage ou par la loi. Or l'article 1428, alinéa 3, est demeuré dans sa rédaction de 1804 et semble impliquer le concours du mari à l'aliénation des propres de la femme. Il importe, dès lors, de concilier ce texte avec la capacité de la femme commune en biens.

58. — La doctrine et la jurisprudence croient avoir trouvé la solution en accordant à la femme agissant seule la possibilité d'aliéner la nue-propriété de ses propres et, au besoin, de recourir aux articles 217 et 219 du Code civil pour compléter ses pouvoirs. Mais cette théorie n'est pas sans soulever de nombreuses critiques, car elle heurte directement la conception que nous avons dégagée du droit de jouissance et, dès lors, il nous faudra rechercher une solution qui soit compatible à la fois et avec la nouvelle capacité de la femme mariée et avec les principes du régime de communauté.

SECTION I

LA VENTE EN « NUE-PROPRIÉTÉ » ET LA POSSIBILITÉ D'UN RECOURS EN JUSTICE SUR LA BASE DES ARTICLES 217-219 (21)

I. — La vente en « nue-propriété ».

59. — Sous l'empire de la loi du 18 février 1938, la possibilité pour la femme commune en biens d'aliéner même la nue-propriété de ses biens personnels a été contestée (22). Elle était désormais capable, mais l'exercice de sa capacité était limité par le régime matrimonial et par la loi (ancien art. 215, al. 2) ; or l'article 1428, alinéa 3, du Code civil, qui n'avait pas été modifié par la nouvelle

(19) Besançon, 5 avril 1879, D. 1880-II-32; mais si la femme s'était contentée de déclarer qu'elle était fille ou veuve, elle pouvait demander la nullité, son contractant ayant eu le tort de ne pas vérifier sa capacité : Caen, 22 février 1826, D. 1827-II-84; Cass. civ., 15 novembre 1836, D. 1836-I-450; Dijon, 1^{er} juin 1854, D. 1856-II-230; Paris, 14 novembre 1887, D. 1888-II-225.

(20) Cass. req., 28 mars 1888, D. 1888-I-361.

(21) Voir à ce sujet : Jacques BOUTARD, *Le régime de communauté et la capacité de la femme mariée*, cours de doctorat, non publié.

(22) RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 1823.

loi, impliquait toujours le concours des deux époux. Il eut d'ailleurs été illogique de permettre une telle opération à la femme commune en biens alors qu'était maintenue l'interdiction faite à la femme séparée de biens d'aliéner seule ses immeubles (ancien art. 1538) et à la femme dotale d'aliéner seule ses paraphernaux (ancien art. 1576).

Si, depuis la loi du 22 septembre 1942, le dernier argument est devenu sans valeur, d'autres motifs militent cependant en faveur de l'interdiction pour la femme commune en biens de disposer de ses propres sans le concours de son mari (23). Tout d'abord, le nouvel article 216, alinéa 2, maintient les restrictions à la capacité de la femme édictées par l'ancien article 215, et l'article 1428, alinéa 3, est demeuré dans sa rédaction de 1804. Bien plus, la loi nouvelle fournit un argument en faveur de la thèse restrictive, car elle a modifié l'article 5 du Code de commerce pour permettre à la femme commerçante d'aliéner ses immeubles pour les besoins de sa profession; elle peut désormais le faire « sans que le mari puisse opposer les droits d'administration et de jouissance qu'il a sur les biens de sa femme ». C'est donc parce que le chef de la communauté a l'administration et la jouissance des biens de son épouse que celle-ci ne peut aliéner seule ses immeubles personnels. Enfin, cette solution évite un illogisme qui serait singulier : alors que le mari ne peut aliéner seul ses immeubles personnels en raison de l'hypothèque légale, la femme pourrait agir sans le concours de son époux et se trouverait ainsi posséder plus de pouvoirs que le chef du ménage !

60. — Une telle argumentation n'est pas sans réponse. Il faut d'abord noter que, depuis la réforme de la publicité foncière, tant que la femme n'a pas fait inscrire son hypothèque légale, le mari peut disposer en pleine liberté de son patrimoine personnel; il n'y a donc plus discordance entre les pouvoirs du chef du ménage et ceux de son épouse. En outre, il est possible de concilier les droits de jouissance et d'administration du mari avec la capacité de la femme, en permettant à celle-ci de vendre ses biens « en nue-propiété ». Il lui serait d'ailleurs pratiquement possible de tourner une interdiction d'aliéner en contractant des engagements, valables en raison de sa capacité, qui seraient exécutoires sur son patrimoine personnel. Il faut donc reconnaître que désormais la femme commune en biens possède la capacité nécessaire pour vendre un bien propre, sous réserve du droit de jouissance qui appartient à la communauté; elle peut donc transférer seule à un acquéreur une « nue-propiété ».

(23) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 654; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 644.

C'est une telle solution, déjà admise sous l'empire de la loi du 18 février 1938 (24), qui est adoptée depuis 1942 par l'ensemble de la doctrine (25) et de la jurisprudence (26).

Aussi, lorsque la femme commune en biens n'est titulaire que d'une nue-proprieté, par exemple lorsqu'elle a recueilli

(24) SAVATIER, *Lois nouvelles*, 1938-I-72, n° 27; ANCEL, n° 64; NAST, D.P. 1939-IV-7 et note D.P. 1939-II-76; JOSSE-RAND, T. III, 3^e éd., n° 200 bis; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, D.H. 1938, Chron., p. 27; ESMEIN, J.C.P. 1938-I-55 et G.P. 1938-I, Doctr., p. 38; LAGARDE, observ. à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 142; BONNECASE, *Mariage et régimes matrimoniaux*, n° 59; note DALLANT au J.C.P. 1938-II-899; note Jean BRUNET au J.C.P. 1941-II-1735; Charlotte BILLION, *La capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938 et son influence sur les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1939, p. 114; Trib. civ. Seine, 17 novembre 1938, J.C.P. 1938-II-899, D.P. 1939-II-76, S. 1939-II-121; Trib. civ. Sables-d'Olonne, 26 février 1941, J.C.P. 1941-II-1721; Trib. civ. Lorient, 28 mai 1941, J.C.P. 1941-II-1735; Trib. civ. Seine, 27 juin 1941, D.A. 1941-347.

(25) Pierre MARIN, *La loi du 22 septembre 1942 et les rapports pécuniaires entre époux*, thèse Aix, 1943, p. 80; Angèle ROUBIER, *La représentation entre époux et la loi du 22 septembre 1942*, thèse Montpellier, 1944, p. 45; Ginette DÉROZIER, *De la représentation entre époux d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse Bordeaux, 1945, p. 98; Pierre GAUTHIER, *La notion actuelle du mari chef de famille*, thèse Aix-Marseille, 1947, p. 73; Pierre SAVINAUD, *Le chef de famille*, thèse Paris, 1948, p. 79, n° 121; Paul GÉRAUD, *L'étendue de la capacité civile de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Bordeaux, 1948, n° 281; Marie-Elisabeth CONS, *La réforme du régime matrimonial de droit commun*, thèse Paris, 1950, pp. 48 et 63; DÉTRUY, *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de la communauté légale*, thèse Grenoble, 1950, p. 268; DE JUGLART, J.C.P. 1943-I-327, n° 54; Pierre VOIRIN, « Portée et effets des actes par lesquels la femme commune en bien aliène ou engage ses propres sans que le mari intervienne pour renoncer aux droits de la communauté », J.C.P. 1943-I, éd. Not. 334, n° 1; FRÉJAVILLE, « Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours du mari », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 224, n° 3; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », J.C.P. 1943-I-304, n° 53; X, *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26159, n° 3, a; DEFRENOIS, *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26119 et 26122, 1945, art. 26288, n° 15; PINSON, « Aliénation par la femme commune en biens d'un immeuble lui appartenant en nue-proprieté, l'usufruit étant à un tiers », *Rép. prat. not.*, 1946, art. 26438; DESPIERROIS, « Pouvoirs de la femme commune en biens à l'effet de vendre seule un bien propre et d'effectuer le remploi du prix », *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27088; observations LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 93; MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. I, n° 1114, p. 1127; CARBONNIER, *Droit civil*, T. I, n° 117, p. 370; PLANIOL, T. VIII, par BOULANGER, n° 645.

(26) Trib. civ. Nîmes, 16 décembre 1942; Trib. civ. Caen, 24 décembre 1942, J.C.P. 1943-II-2122, note P.P., D.C. 1944-21, note FRÉJAVILLE; Trib. civ. Aurillac, 9 mars 1943, J.C.P.N. 1944-II-2613, note H.R.; Trib. civ. Toulouse, 27 avril 1943, G.P. 1943-II-46, *Rép. prat. not.*, 1945, art. 26291; Paris, 22 mai 1943, J.C.P.N. 1943-II-2402, note Boé, D.A. 1943-62; Alger, 30 janvier 1947, S. 1947-II-156, *Rép. prat. not.*, 1948, art. 26619; Bordeaux, 28 octobre 1947, G.P. 1947-II-251; Nancy, 6 décembre 1950, *Rec. Nancy*, 1951-142, G.P. 1952-I, Tables, p. 70, n° 5, 6 et 7; Aix, 18 avril 1951, J.C.P. 1951-IV-111; Paris, 29 octobre 1952, G.P. 1952-II-370, *Journ. not.*, 1953-54, note Emmanuel BLANC, observations LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 93; Amiens, 28 octobre 1953, J.C.P.N. 1954-II-8365, note ESPAGNO, G.P. 1954-I-16, S. 1954-II-68, *Rép. prat. not.*, 1954, art. 27253.

dans une succession un immeuble soumis à l'usufruit d'un tiers, peut-elle disposer seule du droit qui fait ainsi partie de son patrimoine (27). Elle devra cependant insérer dans l'acte de vente une clause réservant le droit de jouissance et d'administration du chef de la communauté pour le cas où l'usufruitier, alors existant, viendrait à décéder ou à renoncer à son usufruit avant la dissolution du ménage; en ce cas, en effet, le droit de jouissance réapparaîtrait et le mari récupérerait les droits de la communauté sur le bien vendu.

Si une telle clause n'était pas insérée dans l'acte, l'acquéreur aurait, néanmoins, la surprise désagréable de se voir réclamer cet usufruit au moment où il pensait pouvoir jouir de la totalité du bien acheté; il ne pourrait s'opposer à l'acte du mari, mais disposerait toutefois d'un recours contre la femme pour charge non déclarée.

La situation serait d'ailleurs exactement la même si la femme, titulaire de la nue-propriété, se mettait d'accord avec l'usufruitier pour aliéner la pleine propriété de l'immeuble; à la mort du coveendeur, l'acheteur qui, jusque-là, jouissait de la pleine propriété du bien acquis, verrait son droit réduit à une nue-propriété. Il en résulte une sécurité beaucoup plus grande pour l'acquéreur qui achète à la femme un bien soumis dès l'origine à l'usufruit du mari que pour celui qui fait l'achat de la nue-propriété d'un bien dont l'usufruit appartient à un tiers (28).

Mais pratiquement l'aliénation de la nue-propriété de ses biens par la femme agissant seule ne se rencontrera que rarement car l'opération ne se révèle avantageuse ni pour l'acquéreur ni pour la femme venderesse.

A. — CONDITION DU TIERS ACQUÉREUR.

61. — Si l'on compare la situation du tiers acquéreur à celle d'un usufruitier ordinaire, on s'aperçoit que la première est supérieure à la seconde en raison des chances multipliées d'extinction du droit de jouissance, mais lui est inférieure en raison de l'absence de garanties de restitution et des pouvoirs d'administration du chef de la communauté.

1° *Les causes d'extinction du droit de jouissance.*

62. — Le bien transmis à l'acquéreur est libéré du droit de jouissance du mari par la dissolution de la communauté dont les causes sont plus nombreuses que celles qui mettent fin à un usufruit ordinaire (29). Aux termes de l'article 617 du Code

(27) PINSON, art. préc., *Rép. prat. not.*, 1946, art. 26438; Paris, 28 février 1958, D. 1958-469.

(28) PINSON, préc.

(29) VOIRIN, préc., J.C.P. 1943-I-334, n° 5; FRÉJAVILLE, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 225, n° 3.

civil, « l'usufruit s'éteint par la mort naturelle de l'usufruitier, par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé, par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire, par le non-usage du droit pendant trente ans, par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi ».

Si l'on appliquait ce texte à la communauté, le droit de jouissance ne disparaîtrait qu'en cas de mort du mari, de vente par celui-ci de l'usufruit à l'acquéreur, ou de perte totale du bien vendu. En réalité, ici, il faut se référer non pas aux règles propres à l'usufruit, mais aux règles spéciales du régime de communauté. Le droit de jouissance s'éteint alors non seulement en cas de décès de l'un des deux époux, mais aussi par la séparation de biens prononcée à la requête de la femme, par le divorce ou la séparation de corps, par l'absence du mari lorsque la femme opte pour la dissolution de la communauté (art. 124 C. civ.).

En matière de séparation de biens, une difficulté est parfois susceptible de se présenter (30). Par dérogation au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais en vertu d'une tradition qui remonte à notre ancien droit (31), l'article 1451 du Code civil permet aux époux séparés de biens par justice de rétablir la communauté qui existait auparavant entre eux et l'alinéa 3 du même article décide qu'« en ce cas, la communauté rétablie reprend son effet au jour du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme en conformité de l'article 1449 ».

Si l'aliénation avait été effectuée par la femme durant la séparation de biens, valable dès l'origine pour la pleine propriété, elle le resterait et le mari ne pourrait faire valoir son droit de jouissance. Mais, par hypothèse, le bien a été vendu avant l'introduction de la demande en séparation de biens et le tiers qui, durant cette séparation, avait récupéré la pleine propriété de son acquisition, devra restituer la jouissance au mari et même, en raison de la rétroactivité, restituer les fruits qu'il a pu percevoir. « L'extinction du droit de jouissance est donc subordonnée à la condition du non-rétablissement de la communauté » (32). La même solution devrait être appliquée en cas de retour du conjoint absent (art. 124 C. civ.).

(30) VOIRIN, préc., J.C.P. 1943-I-334, n° 5.

(31) POTHIER, *Traité de la communauté*, n°s 523 et suiv.; LEBRUN, *Traité de la communauté*, livre 3, chap. I, n° 25.

(32) VOIRIN, préc.

2° Les garanties de restitution.

63. — Si les causes d'extinction du droit de jouissance font apparaître un avantage en faveur de l'acquéreur d'un bien propre de la femme par rapport à un usufruitier ordinaire, à l'opposé, il faut reconnaître que les droits de l'ayant cause de la femme sont bien moins solidement garantis que ceux d'un nu-propriétaire ordinaire (33). Il ne dispose, en effet, ni d'un recours contre une caution qui n'existe pas sous le régime légal, ni de la possibilité d'agir en déchéance du droit d'usufruit lorsque le mari abuse de ses pouvoirs.

A première vue, cet état de choses apparaît comme normal car la femme commune en biens ne dispose pas elle-même de ces garanties; tant que dure la communauté, il est sursis, en principe, à tous règlements et poursuites entre époux (34), sauf en cas d'urgence comme à propos des dettes alimentaires (35). Mais il ne faut pas oublier que la femme possède des sûretés équivalentes qui ne passent pas à l'acquéreur.

64. — Tout d'abord, la déchéance pour abus de jouissance est remplacée pour elle par la possibilité de demander la séparation de biens « lorsque la dot est mise en péril et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu à craindre que les biens de celui-ci ne soient pas suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme » (art. 1443 C. civ.). La jurisprudence interprétant largement le « péril de la dot » (36), la femme trouve là une garantie au moins égale à la déchéance pour abus de jouissance (37).

Mais le droit de demander la séparation de biens est un droit exclusivement personnel, il ne passe pas à l'acquéreur: les héritiers de la femme ne pourraient même pas continuer l'instance commencée par elle (38), et si ses créanciers, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ont la possibilité d'« exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances » (art. 1446, al. 2), cette solution ne modifie en

(33) VOIRIN, J.C.P. 1943-I-334, n° 6; FRÉJAVILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, n° 3, p. 224; DÉTRUY, *op. cit.*, pp. 268-269.

(34) Cass. civ., 28 juin 1865, D. 1865-I-35.

(35) Cass. req., 19 août 1940, J.C.P. 1940-II-1539.

(36) Le péril de la dot peut très bien résulter de circonstances indépendantes de la volonté du mari : Dijon, 24 juillet 1895, D. 1896-II-359; Cass. civ., 5 décembre 1939, D.H. 1940-13.

(37) La séparation de biens peut fonctionner comme remède préventif destiné à sauvegarder les droits présents et futurs de la femme : Dijon, 24 juillet 1895, préc.; Douai, 15 mars 1912, D. 1913-II-19; dans cette dernière espèce, la séparation a été accordée sur la demande d'une femme qui était sur le point de recueillir une succession pour éviter que les biens ainsi acquis soient soumis aux pouvoirs du mari, mauvais administrateur de sa fortune personnelle.

(38) Bastia, 7 juillet 1869, rapporté sous Cass. civ., 2 avril 1872, D. 1872-I-260, S. 1873-I-79.

rien les droits du tiers acquéreur, la liquidation des droits de la femme n'emportant pas une véritable séparation de biens entre les époux qui restent communs en biens pour l'avenir.

Au surplus, accorder au tiers acquéreur une action en déchéance pour abus du droit de jouissance aboutirait à modifier les pouvoirs du mari en créant à son égard une incapacité non prévue par la loi. Seigneur et maître de la communauté, il est chargé par le législateur de gérer le patrimoine de sa femme pour en tirer le maximum de revenus afin de subvenir aux charges du ménage.

65. — Cependant, il serait possible, à notre avis, de sanctionner indirectement les abus de pouvoir du mari par le moyen de la théorie de la fraude; sous le régime de communauté, la femme peut faire annuler les actes du mari qui dépassent ses pouvoirs, il est vrai, très larges, d'administrateur (39). On ne voit pas pour quelle raison cette action ne passerait pas à l'acquéreur qui est l'ayant cause de la femme. Mais pour que cette action ait une utilité pratique, il faut admettre, avec la jurisprudence récente (40), la possibilité de l'intenter durant le mariage.

66. — La caution que doit fournir tout usufruitier avant son entrée en jouissance est remplacée sous le régime de communauté par l'octroi à la femme d'une hypothèque légale. Avant la réforme opérée par le décret du 4 janvier 1955, cette hypothèque avait une grande importance car, en pratique, elle entraînait pour le mari l'impossibilité d'aliéner sans le concours de son épouse. Désormais, cette garantie n'est plus que secondaire car, pour être efficace, l'hypothèque doit être inscrite; la femme ne recourra que rarement à cette inscription. Toutefois, si elle le faisait, elle pourrait subroger le tiers acquéreur qui disposerait ainsi d'une garantie jouant à la dissolution du ménage.

3° Administration du bien vendu.

67. — Les pouvoirs du mari sur les biens personnels de son épouse, étant supérieurs à ceux d'un usufruitier ordinaire, rendent plus critique encore la situation de l'acquéreur. Si le bien vendu est un meuble, en vertu de l'article 1428, alinéa 2, l'exercice des actions possessoires et pétitoires appartient au mari. Si le mari refusait de les exercer, il semblerait que l'acquéreur fût sans pouvoir pour défendre le bien acheté. Cependant, il ne faut pas oublier que la jurisprudence et la doctrine n'interprètent pas l'article 1428 comme impliquant l'exercice de ces actions par le mari seul; en cas de carence de sa part, la femme, désormais capable, peut les intenter

(39) Bastia, 6 mai 1856, D. 1856-II-303; Chambéry, 6 mai 1885, D. 1886-II-33, note FLEURER; Colmar, 5 mars 1936, S. 1936-II-179; Rennes, 8 juillet 1948, S. 1948-II-179.

(40) Rennes, 8 juillet 1948, préc.; dans le même sens : Colmar, 5 mars 1936, préc.

sans son consentement (41). Du fait de l'aliénation, elle a transmis à l'acquéreur tous les droits qu'elle possédait sur le meuble; celui-ci doit avoir les mêmes pouvoirs qu'elle et les solutions admises par la jurisprudence à propos de la femme doivent recevoir application lorsqu'il s'agit de son ayant cause qui peut donc intenter les actions mobilières en cas de carence du mari. Une solution contraire heurterait l'équité; il est inadmissible que le droit de propriété sur un bien, fût-il réduit par les pouvoirs concurrents d'un tiers, ne puisse être sauvegardé par un moyen de droit. Le même principe doit s'appliquer aux actions possessoires, lorsque le bien transmis est un immeuble.

Mais il n'empêche que les pouvoirs d'administration du mari sont très larges et dépassent ceux d'un usufruitier ordinaire; il pourrait ainsi effectuer sur l'immeuble aliéné de grosses réparations que n'aurait pas voulues le tiers acquéreur. Cette dernière conséquence a pourtant été contestée par M. Voirin (42). D'après cet auteur, après la vente, le mari ne disposerait plus des mêmes prérogatives qu'auparavant. Ses pouvoirs sur les biens personnels de son épouse dérivent de deux sources distinctes, de sa qualité de chef de la communauté et du mandat que lui confère l'article 1428 à l'effet de gérer la « nue-propriété ». Après l'aliénation, les pouvoirs issus de la qualité de chef de la communauté subsistent, mais ceux dérivant de l'article 1428 qui se réfèrent à la gestion du droit de nue-propriété n'ont plus de raison d'être; ils ne se comprenaient que lorsque la femme était titulaire de cette même nue-propriété et ils s'évanouissent lorsqu'elle est transférée à un acquéreur. Le droit du mari devient alors *jus in re aliena*, et le droit d'effectuer les grosses réparations qui était conditionné par le mandat légal de l'article 1428 disparaît en même temps que celui-ci.

Cette distinction doit, en réalité, être rejetée car les pouvoirs du mari sur les biens personnels de son épouse forment un tout qu'on ne saurait dissocier. L'administration des patrimoines des époux a pour fondement le droit de jouissance de la communauté; celui-ci a pour but de subvenir aux charges du ménage, il implique pour son titulaire la possibilité de gérer à sa guise le patrimoine afin de lui faire produire le maximum de revenus. Une dissociation des deux éléments constitue donc une simple explication doctrinale qui ne correspond pas à la réalité.

La vente effectuée par la femme seule est inopposable au mari qui doit conserver intactes toutes ses prérogatives; il continue donc non seulement à percevoir tous les fruits et revenus, mais aussi à passer les contrats relatifs à l'entretien et à la conservation des

(41) Voir *infra*, n° 224.

(42) VOIRIN, préc., J.C.P. 1943-I-234, n° 9; voir aussi Paul GÉRAUD, *op. cit.*, n° 282.

biens, à donner les immeubles à bail sous réserve des règles édictées par l'article 1430 du Code civil.

B. — CONDITION DE LA FEMME VENDERESSE.

68. — En raison des inconvénients que procure à l'acquéreur l'achat de la « nue-proprieté », la femme n'obtiendra, en général, qu'un prix très faible; il en est déjà ainsi lorsqu'il s'agit d'un usufruitier ordinaire; mais lorsqu'il s'agit de biens grevés du droit de jouissance de la communauté, ils risquent de se vendre encore plus difficilement, car l'opération se révèle aléatoire pour l'acheteur.

Et même si la femme trouve un acquéreur, elle n'aura pas intérêt à réaliser l'opération car elle ne saurait toucher le prix de vente et, selon certains, elle risque, en outre, d'être tenue, à la dissolution de la communauté, de payer certaines indemnités non prévues au moment de la vente.

1° *Le paiement du prix de vente.*

69. — La possibilité pour la femme commune en biens de toucher le prix de vente de la « nue-proprieté » de ses propres a été affirmée par certains auteurs (43), la somme à percevoir étant la représentation d'un bien sur lequel le mari n'avait aucun droit. On ne comprendrait d'ailleurs pas que la femme, ayant la possibilité de vendre la nue-proprieté, ne puisse en recevoir le prix, le droit de disposer à titre onéreux impliquant la possibilité de percevoir les sommes provenant de l'aliénation. Si la solution contraire l'emportait, il faudrait également refuser aux créanciers de la femme le droit de toucher le prix de vente de la nue-proprieté qu'ils auraient saisie, ce qui n'est affirmé ni par la doctrine ni par la jurisprudence. Enfin, si la communauté touchait le prix de vente, elle aurait à la fois la jouissance du bien vendu et celle des deniers, ce qui reviendrait à lui procurer un enrichissement non voulu par les règles du régime de communauté; en période de dépréciation monétaire, la femme, titulaire d'un simple droit à récompense, ne toucherait, à la dissolution du ménage, qu'un prix déprécié.

70. — Une telle solution ne peut cependant être admise car elle heurte directement les règles du régime de la communauté légale. Si le mari a qualité pour recevoir toutes les sommes qui constituent des revenus — et à ce sujet il n'y a aucune discussion, la perception des revenus étant un acte que plusieurs textes du Code civil considèrent expressément comme des actes d'administration (art. 127, 481 et 513) — il a aussi qualité pour recevoir les capitaux dus

(43) ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VIII, § 510, note 28; PINSON, préc., *Rép. prat. not.*, 1946, art. 26438.

à la femme (44). D'après la jurisprudence (45), en effet, le mari a comme administrateur des biens de son épouse le droit de toucher le montant des créances lui appartenant en propres et d'en donner quittance; il n'y a pas à distinguer suivant la nature de ces créances, le droit du mari s'étendant notamment à celles provenant de la vente ou de la licitation des immeubles.

A l'appui de cette opinion, divers arguments, d'inégale valeur, ont été invoqués : à certains égards, la réception d'un capital est traitée comme un acte d'administration puisqu'elle est permise à certains administrateurs comme le tuteur (46); de même, il a été admis que l'usufruitier a lui aussi qualité pour recevoir un capital appartenant au nu-propriétaire, et les auteurs déclarent que la communauté dont le mari est le chef est usufruitière des propres de la femme (47). En faveur de cette opinion, on peut encore invoquer les pouvoirs du mari en matière mobilière (48) : l'article 1428 lui donne le droit de poursuivre les débiteurs de sa femme; ayant ce droit, il est normal qu'il ait également le droit de recevoir le paiement qui sera l'aboutissement de la poursuite. Enfin il est possible de faire appel à la règle qui fait tomber en communauté toute somme d'argent acquise durant le mariage; la réception d'un capital n'est pas autre chose que le versement d'une somme d'argent et le mari doit avoir qualité pour recevoir cette somme qui va tomber en communauté et dont il pourra librement disposer (49).

Des arguments invoqués, seul le dernier, à notre avis, justifie le paiement du prix de vente entre les mains du mari, les autres pouvant facilement être combattus. En effet, à bien des égards, le Code civil traite la réception des capitaux comme un acte de disposition (art. 482 et 513), et c'est, semble-t-il, une conception logique car la réception d'un capital correspond à l'extinction d'une créance, donc en quelque sorte à l'aliénation d'une créance qui est interdite au mari (50). L'argument d'analogie emprunté à l'usufruit n'est exact que dans la mesure où on

(44) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 387; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 627; PLANIOL, par NAST, T. VIII, n° 599; PLANIOL, T. VIII, par BOULANGER, n° 600; VOIRIN, J.C.P. 1943-I-334, n° 7; FRÉJAVILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, n° 3, p. 225; DESPIERROIS, *préc.*, *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27088; Paul GÉRAUD, *op. cit.*, n° 283.

(45) Voir notamment : Paris, 23 mars 1889, S. 1892-II-172; Cass. req., 30 juillet 1900, S. 1901-I-259, D. 1901-I-502.

(46) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 387.

(47) Cf. *supra*, « Nature juridique du droit de jouissance », n°s 15 et suiv.

(48) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 627.

(49) RIPERT et BOULANGER, *préc.*; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 387.

(50) Paris, 3 janvier 1852, D. 1852-II-247; Cass. req., 5 novembre 1860, D. 1862-I-680, S. 1862-I-935; Cass. civ., 21 juin 1870, D. 1871-I-295; Cass. civ., 17 décembre 1872, D. 1873-I-154, S. 1872-I-421; Cass. civ., 30 août 1890, D. 1891-I-367; Trib. civ. Saint-Etienne, 4 mai 1894, D. 1895-II-244.

assimile à un usufruit le droit de jouissance de la communauté; or, pratiquement les différences entre les deux sont très grandes et, pour s'en convaincre, il n'est que de comparer les droits d'un nu-propriétaire ordinaire à ceux de l'acquéreur d'un bien de la femme.

Si le mari a seul qualité pour encaisser le prix de vente d'un propre, c'est non pas en raison des pouvoirs d'administration que lui confère l'article 1428, mais en vertu des pouvoirs de disposition que lui octroie l'article 1421. Les deniers, étant des meubles fongibles et consommables par le premier usage, sont par essence des biens de communauté, soumis comme tels aux prérogatives du mari. Ce n'est que lorsque le prix de vente est encore représenté par une créance que la femme a la possibilité d'en disposer, en réalisant par exemple de son propre chef le emploi d'un de ses biens personnels (51). Mais, dès que le prix de vente est matérialisé par des deniers, il ne constitue plus un propre, mais un bien commun que la femme ne pourrait utiliser qu'en vertu de ses pouvoirs de représentation. Une solution contraire se heurterait d'ailleurs à de nombreuses difficultés pratiques, les deniers étant difficilement identifiables.

La femme qui ne peut tirer qu'un prix très faible de la vente d'un de ses propres, n'en aura donc pas un profit immédiat. Elle n'aura travaillé que pour la communauté, n'ayant droit qu'à une récompense aléatoire en raison de l'insolvabilité possible de celle-ci et de la dépréciation de la monnaie.

71. — Dans certains cas particuliers, il peut arriver, cependant, que, dès l'aliénation, la femme encaisse le prix de vente; cela se produira notamment en cas de séparation de fait. L'acquéreur, ignorant souvent le mariage, versera le prix à la femme. En règle générale, le mari pourra lui réclamer un second paiement et le tiers se retournera contre la femme en garantie, l'aliénation aboutissant alors à grever tous les autres propres.

Toutefois, en cas de séparation de fait, il importe de faire application de la jurisprudence antérieure à 1942 qui validait certains actes de la femme passés au mépris de son incapacité. C'est ainsi que la Cour de cassation avait admis que la femme pouvait céder une créance pour se procurer l'argent dont elle avait besoin pour vivre (52), ou vendre dans le même but un meuble corporel (53). De même, dans certains cas, l'acquéreur pourra faire admettre l'opposabilité au mari du paiement effectué entre les mains de la femme, par application de la maxime « *Error com-*

(51) Cf. *infra*, « Le emploi d'un de ses propres par la femme seule », n° 164 et suiv.

(52) Cass., 24 décembre 1917, S. 1920-I-65, note NAQUET.

(53) Cass. req., 1^{er} mai 1929, G.P. 1929-II-81; voir aussi Trib. paix Lille, 23 juillet 1929, G.P. 1929-II-416.

munis facit jus » (54) ; la femme séparée de fait est alors, en raison des circonstances, réputée « créancière apparente » et cette apparence autorise l'acheteur à se prévaloir de l'article 1240 du Code civil. Le tiers, pour résister à l'action du chef de la communauté, devra démontrer qu'il a été victime d'une erreur commune et de caractère invincible. De toute manière, il ne peut s'agir là que de situations isolées que les tribunaux se résoudront difficilement à admettre à cause de la possibilité désormais offerte à la femme commune en biens d'agir en justice, avant toute aliénation, sur la base des articles 217 et 219 du Code civil.

2° *Les comptes à la dissolution de la communauté.*

72. — Certains auteurs (55) ont estimé que non seulement la femme ne pouvait toucher le prix de l'aliénation, mais qu'en outre celle-ci risquait de ne pas être pour elle une opération nette car elle pouvait être tenue, lors de la dissolution, de payer des indemnités non prévues au moment de la vente, indemnités qu'elle ne pourrait récupérer sur l'acquéreur : il en serait notamment ainsi si, postérieurement à la vente, le mari avait apporté des améliorations au bien aliéné ou s'il avait omis de faire une coupe de bois à l'époque où elle aurait dû être faite ou, plus généralement, de percevoir les fruits auxquels il avait droit.

Les divers chefs d'indemnité relatifs au bien propre de la femme aliéné au cours de la communauté doivent entrer dans les comptes à faire lors de la dissolution du ménage. La femme est alors tenue à récompense en vertu de l'article 1437 ; mais elle ne pourrait se retourner contre l'acquéreur, le compte se dédoublant car l'aliénation qui n'a pu préjudicier aux droits du mari chef de la communauté a transformé au regard de l'acquéreur la jouissance de la communauté en un usufruit où les chefs d'indemnité sont reçus plus parcimonieusement que sous le régime de communauté. Il y aurait alors deux comptes concomitants et non pas successifs, l'un entre les époux qui verrait l'application normale des règles des reprises et récompenses, l'autre entre la femme et l'acquéreur qui ferait une application pure et simple des règles de l'usufruit.

Il faut, en effet, tout d'abord repousser la solution qui consisterait à distinguer dans la durée de la communauté deux périodes séparées par l'aliénation (56) et à faire entrer dans le compte

(54) Cass. civ., 3 juin 1902, D. 1902-I-452 ; JONESCO, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, thèse Strasbourg, 1927, p. 72 ; LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, thèse Caen, 1931 ; FRÉJAVILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, n° 19, p. 235 ; VOIRIN, J.C.P. 1943-I-334, n° 7.

(55) VOIRIN, préc., J.C.P. 1943-I-334, n° 11 ; FRÉJAVILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, n° 3, p. 225 ; PAUL GÉRAUD, *op. cit.*, n° 283 ; DÉTRUY, *op. cit.*, pp. 269 et 270.

(56) VOIRIN, préc., J.C.P. 1943-I-334, n° 12.

de la femme acceptante avec la communauté, par application des règles des reprises et des récompenses, tous les chefs d'indemnité relatifs au propre qui se rapportent à la période antérieure à l'aliénation, et dans le compte d'usufruit entre la communauté et le tiers acquéreur tous les chefs d'indemnité postérieurs à l'aliénation, par application des règles spéciales de l'usufruit. Une telle méthode, assez simpliste, se heurterait à une objection décisive, car elle aboutirait à frustrer la communauté des indemnités auxquelles elle aurait pu prétendre si le propre n'avait pas été aliéné; elle va directement à l'encontre du principe suivant lequel l'aliénation de ses propres consentie par la femme seule ne saurait préjudicier aux droits de la communauté.

Aussi, d'après ces auteurs, la solution doit-elle être recherchée dans une autre direction : la transformation du droit de jouissance en un usufruit n'est rigoureusement exacte qu'à l'égard de l'acquéreur, elle est inopposable à la communauté qui ne doit subir aucun préjudice du fait de l'aliénation. En conséquence, dans les rapports des époux entre eux, on devrait faire complètement abstraction de l'aliénation; le compte des reprises et des récompenses s'établirait comme si elle n'avait pas eu lieu et la femme devrait récompense à la communauté de toutes les améliorations qui ont pu être apportées par le mari au bien vendu, même postérieurement à la vente, ou des fruits qui ont pu ne pas être perçus.

Ensuite, entre la femme et le sous-acquéreur devrait s'établir un sous-compte de fin d'usufruit où on ne ferait entrer que les chefs d'indemnités reçus par le droit commun de l'usufruit. Or, aux termes de l'article 599, alinéa 2, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations effectuées « encore que la valeur de la chose en fût augmentée »; de même, en vertu de l'article 590, alinéa 1, il n'a droit à aucune indemnité pour les coupes de bois qui n'auraient pas été faites pendant la jouissance. La femme qui aura dû verser une récompense à la communauté dans tous ces cas, se trouverait donc dépourvue de tout recours contre le tiers acquéreur; solution injuste, mais qui, selon l'expression même de M. Voirin (57), « est la rançon de l'opération par elle entreprise de sa propre initiative, sans le concours ou la participation du mari. Les opérations de ce genre lui font courir un risque certain contre lequel notre droit positif ne fournit aucun remède ».

73. — Nous ne saurions cependant admettre une telle conclusion car le raisonnement dont elle découle n'est pas exact. De même qu'il était faux de dire que, du fait de l'aliénation, le mari, chef de la communauté, voyait ses pouvoirs réduits, de même il est inexact d'affirmer que, vis-à-vis du tiers acquéreur, la vente a

(57) VOIRIN, préc., J.C.P. 1943-I-334, n° 13.

transformé le droit de jouissance en un usufruit. Une telle affirmation ne repose sur aucune base réelle, sur quels principes juridiques peut-on s'appuyer pour admettre une telle transformation ? En réalité, le droit de jouissance n'a jamais été l'équivalent d'un usufruit et il ne le devient pas du fait de la vente; la condition du tiers acquéreur n'est pas assimilable à celle d'un nu-propriétaire, les causes d'extinction du droit de jouissance et les garanties de restitution le montrent clairement. Ce qui a été transmis à l'acquéreur, ce n'est donc pas un usufruit mais la pleine propriété du bien vendu grevée du droit de la communauté. En conséquence, l'acheteur ne peut opposer à la femme les règles spéciales de l'usufruit qui ne reçoivent ici aucune application; il devra donc lui rembourser toutes les indemnités relatives au bien vendu qu'elle peut être tenue de verser à la communauté du fait de l'administration du mari. Cette solution est d'ailleurs la seule qui satisfasse l'équité, l'acquéreur, ayant cause de la femme, doit avoir les mêmes droits que celle-ci, il ne saurait en avoir davantage et réaliser ainsi à son détriment un enrichissement injuste (58).

Mais il n'empêche que, d'après l'analyse que nous venons d'effectuer, selon les auteurs et la jurisprudence, de l'aliénation de ses propres par la femme agissant seule, il apparaît que celle-ci n'a aucun intérêt à agir sans le concours de son époux et que d'ailleurs aucun acquéreur ne voudra traiter avec elle dans ces conditions. Aussi, ces mêmes auteurs et la jurisprudence enseignent-ils que la femme dispose d'un moyen d'augmenter ses pouvoirs, par un recours à la justice sur la base des articles 217 et 219 du Code civil.

II. — Le recours à la justice sur la base des articles 217 et 219

74. — La loi du 22 septembre 1942 a prévu, en certaines circonstances, l'élargissement des possibilités d'action de l'un des époux; il se peut, en effet, que l'un d'eux soit hors d'état de manifester sa volonté ou refuse de prêter son concours à un acte qui apparaît conforme à l'intérêt de la famille. En ce cas, les articles 217 et 219 du Code civil permettent au conjoint qui désire agir ou de compléter ses pouvoirs en agissant personnellement ou de représenter le conjoint empêché dans les pouvoirs qui lui appartiennent exclusivement.

Le champ d'application et les effets de ces deux recours sont différents : dans l'hypothèse visée à l'article 219, l'époux veut accomplir un acte qui rentrait dans la compétence exclusive de l'autre; dans celle prévue à l'article 217, l'acte à accomplir requerrait le concours ou le consentement de l'autre pour être effectué avec une efficacité complète; l'article 217 vise aussi bien le cas où l'autre époux est dans l'impossibilité d'agir que celui où il refuse injustement son concours alors que l'article 219 ne prévoit que

(58) J. BOUTARD, *Cours de doctorat, préc.*

la première hypothèse; l'autorisation de l'article 217 doit être spéciale, celle de l'article 219 peut être ou générale ou spéciale. La différence dans les effets n'en est pas moins grande : l'époux autorisé accomplit l'acte de son propre chef et il s'engage personnellement, l'époux habilité représente son conjoint et n'est pas lui-même engagé.

75. — L'application des articles 217 et 219 à l'aliénation de ses propres par la femme commune en biens a soulevé, dès l'apparition de la loi nouvelle, de nombreuses controverses qui se poursuivent encore. A ce sujet, en effet, se pose la double question du choix entre les recours et de leur cumul. Il y a choix si la femme commune en biens qui veut donner pleine efficacité à l'aliénation peut recourir indifféremment à l'article 217 ou à l'article 219; il y a cumul si le recours à un seul texte ne donne à l'acte passé qu'une efficacité incomplète et nécessite un complément d'habilitation basé sur l'autre article pour produire plein effet.

A. — LE CHOIX ENTRE LES ARTICLES 217 ET 219.

76. — Le tribunal civil de Nîmes, le 16 décembre 1942, a habilité la femme d'un prisonnier de guerre à aliéner la pleine propriété d'un de ses propres sur la base de l'article 219 (59) tandis que le tribunal civil de Caen (60), à la même époque, autorisait une femme commune en biens, sur la base de l'article 217, à aliéner la pleine propriété d'un fonds de commerce qui lui appartenait personnellement. Dans la première espèce, la femme était considérée comme la représentante de son mari qui était tenu personnellement de l'obligation de garantie, alors que dans la seconde elle agissait de son propre chef et était seule tenue de cette obligation.

C'est à partir de ces deux espèces que de nombreux auteurs ont admis que la femme qui désirait aliéner un de ses propres avait le choix entre les deux recours et qu'elle devait se déterminer en fonction du but qu'elle entendait poursuivre (61). Sui-

(59) Trib. civ. Nîmes, 16 décembre 1942, J.C.P. 1943-II-2122, note P.P., D.C. 1944, J. 21, note FRÉJAVILLE; en ce sens : Trib. civ. Toulouse, 6 avril 1943, G.P. 1943-II-46, *Rép. prat. not.*, 1945, art. 26291.

(60) Trib. civ. Caen, 24 décembre 1942, J.C.P. 1943-II-2122, note P.P., D.C. 1944, J. 21, note FRÉJAVILLE; en ce sens : Paris, 22 mai 1943, D.A. 1943-62; Alger, 30 janvier 1947, S. 1947-II-156, *Rép. prat. not.*, 1948, art. 26619.

(61) FRÉJAVILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 233, n° 16, et note au D.C. 1944, p. 23, III; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, J.C.P. 1943-I-304, n° 53; Pierre RAYNAUD, « L'habilitation judiciaire des époux depuis la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1946, p. 17, n° 44 et 45; ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VIII, § 510, texte et note 28; Guy FAURE, *Une nouvelle étape juridique vers l'organisation institutionnelle de la gestion familiale*, thèse Toulouse, 1945, n° 34; Pierre CARLES, *L'habilitation judiciaire des époux*, thèse Toulouse, 1946, p. 89; Georges DELUCENAY, *De la représentation de l'un des époux par l'autre*, thèse Dijon, 1947, pp. 95-97; Pierre GAUTHIER, *La notion actuelle du mari chef de la famille*, thèse Aix-Marseille, 1947, p. 74; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 646.

vant ces auteurs, en effet, l'aliénation de la pleine propriété pourrait s'expliquer de deux manières différentes : ou bien on considère l'aliénation comme un tout pour laquelle la femme ne dispose que d'un commencement de pouvoir et, en ce cas, on admet qu'elle peut recourir à l'autorisation judiciaire basée sur l'article 217; ou on décompose la vente en deux opérations, une aliénation en nue-propiété que la femme peut accomplir seule et une aliénation en usufruit qui est du ressort exclusif du mari, ce qui entraîne la nécessité d'une habilitation judiciaire basée sur l'article 219. Généralement, la femme aurait intérêt à utiliser cette dernière habilitation car, ce faisant, elle agirait au nom de son mari et ne serait pas personnellement tenue des obligations qui résulteront de l'acte effectué, si ce n'est en qualité de commune en biens.

77. — Nous ne saurions, cependant, souscrire à cette théorie car il est inadmissible que la femme puisse se décharger des conséquences d'un acte qu'elle a passé sur son patrimoine personnel; désormais capable, elle doit, chaque fois qu'elle exerce sa capacité, endosser la responsabilité des actes qu'elle passe, même si, pour leur donner pleine efficacité, elle a dû recourir à la justice. Il est d'ailleurs juridiquement inexact de faire dépendre la voie de recours de la manière dont la femme entend décomposer l'aliénation; l'analyse qui sépare l'opération en une vente d'usufruit et une vente de nue-propiété est purement artificielle, « elle décompose en deux actes distincts et autonomes ce qui, dans l'intention des parties, est économiquement et juridiquement une opération unique indissociable » (62). Suivant l'intention des parties, la femme, pour le même acte, ne saurait être considérée comme possédant un commencement de pouvoir ou n'en ayant aucun; il faut se décider en faveur de l'une ou l'autre situation, mais on ne peut, suivant les cas, admettre l'une ou l'autre.

Or, il est indéniable que, depuis la loi du 18 février 1938, la femme commune en biens possède un commencement de pouvoir à l'effet de vendre ses propres puisqu'elle peut en aliéner seule la pleine propriété sous réserve du droit de jouissance et que le recours à la justice a simplement pour but de faire disparaître cette restriction. Il faut donc décider que le choix entre les articles 217 et 219 n'est pas possible, que la femme doit obligatoirement avoir recours à l'autorisation judiciaire basée sur l'article 217 et que l'obligation de garantie corrélative à toute aliénation

(62) CHOTEAU, « Domaines d'application comparée des articles 217 et 219 du Code civil », D. 1949, Chron., p. 96.

est à sa charge, le mari n'étant tenu qu'en qualité de commun en biens (63).

B. — LE CUMUL DES ARTICLES 217 ET 219 DU CODE CIVIL.

78. — La femme commune en biens autorisée à aliéner la pleine propriété de l'un de ses propres peut-elle en toucher le prix ? Certains auteurs, à la suite de M. Voirin, ont répondu par la négative (64). Selon eux, lorsqu'elle vend un propre, la femme peut poursuivre différents buts : lorsque l'aliénation constitue une fin en soi, par exemple lorsque des circonstances de famille ou d'ordre économique exigent que des modifications soient apportées à la composition de son patrimoine, l'autorisation de l'article 217 suffit car elle rend possible l'aliénation de la pleine propriété en suppléant à l'intervention du mari qui sera seul qualifié pour toucher le prix de vente.

Mais, le plus souvent, la femme, en vendant un de ses propres poursuit un but déterminé, elle cherche à se procurer de l'argent pour faire face à certaines dépenses (65). En ce cas, l'autorisation judiciaire basée sur l'article 217 ne suffit plus, elle ne permettrait pas à la femme de manier les deniers provenant de la vente ; à cette autorisation judiciaire devrait alors s'ajouter une habilitation basée sur l'article 219 car le mari, chef de la communauté, a seul le maniement des deniers communs, la femme ne pouvant

(63) MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. I, n° 1114, p. 1127; CHOTEAU, « Les dettes de communauté nées du chef de la femme recourant à l'autorisation judiciaire de l'article 217 », D. 1947, Chron., pp. 17 et suiv., et Chron. préc. au D. 1949, pp. 93 et suiv.; note DERRIDA, sous Alger, 30 janvier 1947, au D. 1949-271; Pierre MARIN, *La loi du 22 septembre 1942 et les rapports pécuniaires entre époux*, thèse Aix, 1943, p. 80; Angèle ROUBIER, *La représentation entre époux et la loi du 22 septembre 1942*, thèse Montpellier, 1944, p. 142; Maurice MARCHAT, *L'intervention de la justice dans les rapports personnels entre époux*, thèse Paris, 1945, p. 159; Ginette DÉROZIER, *De la représentation entre époux d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse Bordeaux, 1945, p. 98; Jean-André VINCENT, *Des incidences de la loi du 22 septembre 1942 sur la condition juridique de la femme mariée en dehors des stipulation du contrat de mariage*, thèse Montpellier, 1946, p. 67; Pierre SAVINAUD, *Le chef de famille*, thèse Paris, 1948, p. 89, n° 135; André PALEY, *Aspects nouveaux de l'intervention de la justice dans le jeu des régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1948, pp. 140-141; Marie-Elisabeth CONS, *La réforme du régime matrimonial de droit commun*, thèse Paris, 1950, p. 49.

(64) VOIRIN, J.C.P.N. 1943-I-334, n° 20, et D.C. 1943, L. 50, n° 22; BECQUÉ, notes au J.C.P. 1943-II-2452 et au J.C.P. 1946-II-3016; DEWISME, *Les droits de la femme mariée d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse Lille, 1943, n° 7; Guy FAURE, *op. cit.*, n° 32; Georges DELUCENAY, *op. cit.*, p. 97; Jean PICARD, *Des successions échues à une femme mariée*, thèse Toulouse, 1949, p. 96; Ed. DÉTRUY, *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de la communauté légale*, thèse Grenoble, 1950, p. 223.

(65) Telle était notamment l'espèce jugée par le Tribunal civil de Nîmes le 16 décembre 1942, préc. : la vente d'un propre avait pour but de fournir à un enfant du premier lit les soins qu'exigeait sa santé fragile.

alors agir que par représentation. Dans le cas de vente de la pleine propriété d'un propre, il y aurait donc, le plus souvent, nécessité d'un cumul des deux recours prévus par les articles 217 et 219 du Code civil.

Remarquons, d'ailleurs, qu'un tel cumul ne serait possible que lorsque le mari se trouve hors d'état de manifester sa volonté, cette seule hypothèse étant commune aux articles 217 et 219; en cas de refus injustifié, la femme pourrait, certes, aliéner la pleine propriété de ses propres mais, en aucun cas, elle ne pourrait tirer un bénéfice de cette aliénation, elle devrait remettre immédiatement les deniers au chef de la communauté; l'acheteur qui paierait entre ses mains ne se libérerait pas valablement et risquerait d'être obligé d'effectuer un second paiement sur la poursuite du mari, sauf la possibilité d'un recours contre la femme qui obligerait ainsi tous ses biens personnels pour pouvoir en vendre un seul.

79. — Cette opinion présente un caractère nettement excessif. Elle procède directement de la jurisprudence qui décidait, au lendemain de la loi du 3 mars 1941, que le tribunal ne pouvait que relever la femme des incapacités qui la frappaient encore mais non lui attribuer des pouvoirs appartenant au chef de la communauté (66). Pratiquement, elle aboutit à retirer au jugement d'habilitation tout effet et à priver la femme du bénéfice de l'autorisation qu'on lui accorde car, si elle vend un de ses propres, c'est, en général, pour se procurer l'argent dont elle a besoin.

Aussi certains auteurs qui adoptent pourtant une attitude restrictive à propos de l'octroi à la femme de pouvoirs sur les biens communs, lui accordent-ils la possibilité de toucher elle-même l'argent provenant de l'aliénation d'un de ses propres et d'en disposer, la réception et le maniement des fonds « étant inséparables de cet acte de disposition » (67).

Pour nous qui, avec la majorité de la doctrine, reconnaissons à la femme un pouvoir propre, mais virtuel, à l'effet de disposer des biens communs, le problème du cumul ne se pose même pas (68). Le pouvoir latent de la femme devient effectif grâce à l'autorisation de justice basée sur l'article 217 et celle-ci, pouvant alors disposer des biens communs, à plus forte raison doit pouvoir recevoir les fonds provenant de l'aliénation d'un de ses propres et en disposer.

L'examen, dans ses moindres détails, de la conception admise tant par la doctrine que par la jurisprudence à propos de l'alié-

(66) Trib. civ. Seine, 25 avril 1941, J.C.P. 1941-II-1664, note MADRAY; Trib. civ. Sables-d'Olonne, 4 juin 1941, et Trib. civ. Dunkerque, 11 juin 1941, J.C.P. 1941-II-1690, note Jean BRUNET; Trib. civ. Châteaudun, 11 juin 1941, D.A. 1942-31.

(67) CHOTEAU, Chron. préc. au D. 1947, pp. 17 et suiv.; voir aussi SAVATIER, « La souscription d'actions ou de parts sociales par un époux commun en biens », J.C.P. 1944-I, éd. not. 413, n° 3.

nation de ses propres par la femme commune en biens montre pertinemment que, si cette solution était imposée par notre droit positif, elle aboutirait à rendre vain l'octroi par les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 de la pleine capacité civile à la femme. Celle-ci ne pouvant aliéner seule que la « nue-propiété » de ses propres ne se résoudrait que rarement à réaliser une telle opération qui ne lui fournirait même pas les fonds dont elle a besoin, et le tiers acquéreur, en raison des nombreuses difficultés soulevées par le maintien du droit de jouissance, n'aurait aucun intérêt à traiter avec la femme. Force est donc pour ceux qui adoptent cette théorie de maintenir pratiquement la nécessité du concours du mari ou, à défaut, de l'autorisation de justice.

Mais une telle solution est-elle imposée par notre droit positif ? Nous ne le pensons pas car elle soulève de nombreuses critiques et ne correspond pas à la véritable nature du droit de jouissance de la communauté sur les propres des époux.

SECTION II

CRITIQUES DE L'ALIÉNATION EN « NUE-PROPRIÉTÉ » ET ESSAI DE SOLUTION

I. — Critiques soulevées par l'aliénation en « nue-propiété ».

80. — Les critiques formulées par certains auteurs à propos de la possibilité pour la femme commune en biens d'aliéner seule la « nue-propiété » de ses biens personnels tendent à démontrer que les lois de 1938 et de 1942 ont entraîné un déséquilibre au détriment du mari. C'est ainsi que M. Solus (69), comparant les pouvoirs du chef de la communauté et de la femme sur les propres de celle-ci déclare que l'équilibre conçu par le Code civil de 1804 est rompu au profit de la femme seule. Si celle-ci est en état de manifester sa volonté mais refuse de vendre un de ses propres, le mari se heurte, impuissant, à ce refus qu'aucune autorisation de

(68) FRÉJAVILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 232, n° 15, et notes au J.C.P. 1944-II-2644, au D.C. 1944, J. 21, au D. 1945-197; JULIOT DE LA MORANDIÈRE, J.C.P. 1943-I-304, n° 39 et 52; RAYNAUD, *Rev. trim. dr. civ.*, 1946, n° 38, pp. 14 et 15; DERRIDA, « Le maniement des deniers par la femme commune en biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 474, n° 26; CARLES, *op. cit.*, p. 68; Jean-André VINCENT, *op. cit.*, p. 68; Yves DELETRÉ, *Le pouvoir propre de la femme sur les biens communs et l'équilibre du régime de communauté*, thèse Lille, 1948, p. 48; André PALEY, *op. cit.*, p. 142; en ce sens : Trib. civ. Caen (sol. impl.), 24 décembre 1942, préc.; Paris, 22 mai 1943, D.A. 1943, p. 62; note DERRIDA sous Alger, 30 janvier 1947, au D. 1949-271; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 646.

(69) SOLUS, « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 96, n° 18.

justice ne peut anéantir ou suppléer. A l'opposé, la femme qui désire aliéner un de ses biens personnels, peut aussi bien suppléer au refus du mari qu'à son impossibilité de manifester sa volonté. Il y aurait donc là un déséquilibre choquant. « On ne conçoit pas, déclare cet auteur (70), que sous le régime de communauté, il soit juridiquement possible d'accorder à la femme commune en biens sa « pleine » capacité civile et de la promouvoir, en conséquence, à une égalité absolue et parfaite avec son mari ».

Cette opinion a le mérite de montrer la nécessité qu'il y a d'assurer, dans le ménage, la prédominance du mari, si on ne veut pas aboutir à l'anarchie. Cette remarque est particulièrement importante pour le régime de communauté où, traditionnellement, le mari dispose de pouvoirs étendus, la prospérité du ménage dépendant d'une unité de direction.

Mais ne conviendrait-il pas de comparer les pouvoirs de la femme sur ses biens personnels avec ceux du mari sur ses propres biens ? C'est ce qu'avait fait M. Lalou dans une importante chronique parue sous l'empire de la loi du 18 février 1938, cet auteur concluant à « l'incapacité » de l'homme marié (71). Lorsque le mari voulait aliéner un de ses immeubles personnels, il ne pouvait pratiquement le faire qu'avec le concours de sa femme pour obtenir de celle-ci la renonciation à son hypothèque légale; au contraire, la femme commune en biens pouvait librement vendre seule la nue-propriété de ses biens, elle n'avait pas besoin du concours du mari à l'aliénation.

81. — Il faut cependant noter que le déséquilibre signalé n'était qu'apparent car une analyse de la vente de la nue-propriété de ses biens personnels par la femme commune en biens montre suffisamment que celle-ci est plus théorique que pratique. D'ailleurs depuis la réforme de la publicité foncière opérée par le décret du 4 janvier 1955, l'hypothèque légale de la femme devant être inscrite pour être efficace, il en résulte que désormais, dans la plupart des cas, le chef de la communauté a la possibilité d'aliéner seul la pleine propriété de ses biens personnels et même des biens communs alors que la femme ne pourrait disposer que de la seule « nue-propriété » de ses propres.

Lorsqu'on reconnaît à la femme la possibilité de vendre seule uniquement la nue-propriété de ses biens personnels, on ne fait, en réalité, que de transposer l'état de droit antérieur à la réforme de 1938. Avant cette date, la femme commune en biens ne pouvait disposer seule de ses biens en raison de son incapacité mais elle avait la possibilité de recourir à la justice, dans certains cas, qui pouvait l'autoriser à vendre la nue-propriété de ses biens. La ré-

(70) SOLUS, *préc.*, p. 98, n° 20.

(71) Henri LALOU, « L'incapacité de l'homme marié », D.C. 1941, Chron., pp. 1 à 4.

forme opérée par les lois de 1938 et de 1942 aurait donc eu pour résultat de lui octroyer les pouvoirs qu'auparavant la justice pouvait lui procurer.

82. — Aussi bien, l'analyse fait-elle apparaître la singularité de semblables opérations. Pour permettre à la femme d'aliéner la « nue-propriété » de ses biens, les auteurs et la jurisprudence sont obligés d'assimiler le droit de jouissance à un véritable usufruit. Un examen approfondi des aliénations en montre l'impossibilité. Particulièrement, à propos de la condition du tiers acquéreur, les auteurs sont obligés de revenir sur cette assimilation. Si le droit de jouissance était un usufruit, les causes d'extinction et les garanties de restitution devraient être les mêmes dans les deux cas; or les causes d'extinction du droit de jouissance sont plus larges et les garanties de restitution moins importantes. Placés en face de cette évidence, les auteurs, tels M. Voirin (72), sont obligés de reconnaître des exceptions au postulat qu'ils avaient posé.

Mais, en outre, étant donné qu'ils veulent cependant maintenir d'une manière générale leur assimilation, les auteurs aboutissent à des iniquités à propos du règlement des comptes. Ils sont obligés d'admettre l'existence de deux comptes distincts, l'un de communauté, l'autre d'usufruit, ce qui entraîne pour la femme l'impossibilité de récupérer certaines indemnités qu'elle a dû verser à la communauté en raison des améliorations effectuées par le mari sur le bien vendu ou des revenus non perçus. Une solution qui aboutit à de telles injustices est dans son principe même condamnable.

Les auteurs et la jurisprudence eux-mêmes sont d'ailleurs amenés à abandonner dans certains cas l'assimilation qu'ils préconisent sous peine de faire de la capacité reconnue à la femme commune en biens un vain mot. Il est, en effet, très curieux de comparer l'interprétation qu'ils donnent des articles 1428, alinéa 3, et 818 du Code civil. Ce dernier texte qui est relatif au partage d'une succession échue à la femme commune en biens, déclare qu'« à l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme ». La rédaction des deux textes est donc pratiquement la même et, en tout cas, la pensée du législateur est identique. Cela se comprend d'ailleurs car, en vertu de l'effet déclaratif du partage, les biens qui doivent appartenir en propres à la femme font partie de son patrimoine personnel dès le décès du *de cujus* et sont donc, dès lors, soumis au droit de jouissance du mari.

Une application stricte des principes dégagés par les auteurs et par la jurisprudence devrait donc les amener à ne reconnaître à la femme que la possibilité de procéder seule au partage de la

(72) VOIRIN, préc., J.C.P.N. 1943-I-334, n° 5 et 6.

« nue-propiété » des biens qui lui sont échus par succession. Or il n'en est rien : ces mêmes auteurs et la jurisprudence qui, à propos des aliénations, déclaraient que la femme ne pouvait disposer seule que de la « nue-propiété » de ses propres, lui permettent d'agir seule en partage définitif d'une succession tombant entièrement dans son patrimoine personnel (73).

On objecterait vainement que la situation n'est pas la même dans les deux cas en raison de la possibilité qu'avait le mari de demander un partage provisionnel pour sauvegarder son droit de jouissance. Il ne faut pas oublier, en effet, que ce partage provisionnel est rendu caduc par le partage définitif et que, dès lors, le droit de jouissance du mari n'est plus sauvegardé s'il est l'équivalent d'un usufruit.

Si les auteurs et la jurisprudence ont pu, dans cette hypothèse particulière, redonner son véritable sens à la capacité reconnue à la femme, c'est qu'ils admettaient eux-mêmes que le droit de jouissance n'était pas assimilable à un usufruit.

II. — Essai de solution.

83. — Il convient, en réalité, de redonner au droit de jouissance son sens et sa portée véritables. L'assimilation à un usufruit n'était concevable que lorsque la femme était une incapable; toute l'évolution du régime de communauté montre que les pouvoirs du mari se sont développés en liaison avec l'introduction de l'incapacité de la femme. Les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 qui ont redonné à la femme la pleine capacité civile, auraient dû entraîner une reconsidération du droit de jouissance.

Il faut, rappelons-le, partir de l'idée essentielle que ce droit a uniquement pour but de permettre au mari de supporter les charges du ménage. Il porte sur l'ensemble d'un patrimoine qui n'est pas une chose inerte et immuable mais qui, comme toute universalité, est doté d'une vie propre. Comme toute universalité, ce patrimoine, au cours de son existence, subit des fluctuations qui ne doivent dépendre que de son seul propriétaire. Le droit de jouissance est compatible avec l'aliénation en pleine propriété car on

(73) Note M.A. sous Trib. civ. Seine, 30 mars 1943, au S. 1944-II-9; VOIRIN, « Le sort et les effets des acquisitions réalisées par la femme commune en biens sans l'intervention du mari », J.C.P. 1944-I, éd. Not. 395, n° 19; Jean BRUNET, « La capacité de la femme mariée en matière de succession et de partage », G.P. 1951, Doctr. II, p. 41-II; MICHENET, « La situation juridique de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942 », J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722, n° 27; FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 29, n° 6, et note sous Poitiers, 2 février 1944, au J.C.P. 1944-II-2644; DELETRÉ, *op. cit.*, pp. 53-54; CARLES, *op. cit.*, p. 98; Trib. civ. Bourgneuf, 9 mai 1941, J.C.P. 1941-II-1690, note BRUNET; Trib. civ. Seine, 30 mars 1943, S. 1944-II-9, note M.A., J.C.P. 1944-II-2579; Alger, 30 janvier 1947, D. 1949-268, note DERRIDA, S. 1947-II-156; *Rép. prat. not.*, 1948, art. 26619.

ne voit pas pourquoi il ne subirait pas les fluctuations des patrimoines propres (74).

84. — On ne saurait, cependant, reconnaître à la femme un droit illimité; ses prérogatives sont subordonnées à l'intérêt supérieur de la famille. Le chef de la communauté doit donc se voir reconnaître la possibilité de faire annuler les actes de la femme qui se révéleraient contraires à l'intérêt du ménage. Une telle possibilité ne constitue d'ailleurs pas un fait isolé sous le régime de communauté, puisque déjà sous l'empire du Code civil de 1804 la femme pouvait faire annuler les aliénations frauduleuses du mari qui, en portant atteinte à ses droits, se trouvaient être contraires à l'intérêt de la famille. L'évolution n'a fait que s'accroître avec la loi de 1942 qui a fait de l'intérêt de la famille la règle essentielle qui doit régir les rapports entre époux quel que soit le régime matrimonial adopté. Les règles que nous proposons d'adopter s'intègrent donc dans un ensemble plus vaste et correspondent à l'idée qu'on se faisait du régime de communauté aux premiers temps de notre ancien droit.

La conception que nous défendons ne nécessite pas pour être appliquée une intervention du législateur. Les textes du Code civil ne s'y opposent pas, seule leur interprétation doit être modifiée. L'article 1428, alinéa 3, ne doit pas être interprété comme ne permettant à la femme qu'une aliénation en nue-propriété, il signifie seulement que le mari n'a aucun pouvoir de disposition sur les propres de son épouse. Loin de constituer une entrave aux pouvoirs de la femme, il en est, au contraire, l'affirmation.

Ce n'est pas à dire que la femme qui désire aliéner un de ses biens personnels n'aura pas d'obstacles à surmonter. Elle devra tout d'abord renverser la présomption de communauté d'après laquelle tous les biens, meubles ou immeubles, sont réputés communs. Cette preuve devra être faite à l'encontre du mari et aussi à l'encontre des créanciers de la communauté car, sans cela, ceux-ci seraient en droit de saisir le bien vendu entre les mains du tiers acquéreur.

En outre, si la femme ne procède pas à la vente en vue d'effectuer un emploi, ou si elle ne réalise pas un échange, l'acte passé ne présentera que peu d'intérêt pour elle. Les deniers provenant de l'aliénation sont des biens fongibles et consommables qui entrent en communauté et qui, comme tels, sont soumis aux pouvoirs exclusifs du mari.

Pratiquement donc, la théorie que nous proposons permet à la femme de modifier la situation de son patrimoine, elle ne l'autorise pas à le diminuer. Ainsi se trouve réalisée de la manière la plus harmonieuse possible la compatibilité de l'intérêt de la famille avec la capacité de la femme commune en biens.

(74) Cf. *supra*, n° 30 et suiv.

CHAPITRE II

LES OBLIGATIONS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS AGISSANT SEULE

85. — Sous le régime de communauté, la répartition du passif est en principe le corollaire de la répartition de l'actif; les dettes des époux se divisent en dettes communes et en dettes personnelles suivant la proportion d'après laquelle les biens se répartissent en biens communs et en biens propres. Cette corrélation qui vient de notre ancien droit se manifeste de façon claire par la comparaison des textes des articles 1401, 1409 et 1411 du Code civil. Sous le régime légal, l'actif commun comprenant le mobilier présent des époux, les meubles acquis à titre gratuit, les meubles et les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage, la communauté doit supporter en principe les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour du mariage, les dettes de successions mobilières échues aux époux, et toutes les dettes contactées par eux durant le mariage dans l'intérêt commun. Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, la communauté ne supporte que les dettes contractées dans l'intérêt du patrimoine commun qui ne bénéficie que des acquisitions réalisées à titre onéreux.

86. — Il faut cependant immédiatement ajouter que cette corrélation entre l'actif et le passif n'existe qu'en théorie durant le mariage car le droit de poursuite des créanciers est conditionné par les pouvoirs des époux sur les différents patrimoines. Le mari, étant le chef de la communauté, a une situation prépondérante

dans le ménage de sorte que toute obligation contractée par lui, même dans son intérêt personnel, a pour effet d'engager les biens communs alors que la femme agissant seule ne peut obliger la communauté. Ses créanciers ne pourront agir que sur ses biens personnels qui sont soumis au droit de jouissance de la communauté. En conséquence, suivant la portée qu'on donne à ce droit, leur gage sera plus ou moins étendu; il pourra n'être que la nue-propiété des biens de leur débitrice pour les auteurs et la jurisprudence qui assimilent le droit de jouissance à un usufruit, mais, à notre avis, il portera sur la pleine propriété des biens de la femme sous réserve de la possibilité pour le mari de démontrer que les engagements de son épouse ne sont pas conformes à l'intérêt bien compris de la famille, ce qui entraînerait la nullité de tels engagements.

87. — Pour étudier les obligations contractées par la femme commune en biens agissant seule, nous aurons recours à la distinction classique entre les dettes antérieures au mariage et les dettes postérieures au mariage avec cette réserve qu'à propos de la deuxième catégorie de dettes, nous n'étudierons pas les dépenses ménagères de la femme qui sont faites par représentation du mari (art. 220 C. civ), sauf à noter toutefois l'incidence qu'elles pourraient avoir sur l'engagement du patrimoine personnel de la femme. Nous nous réservons aussi de traiter dans un autre chapitre le problème du droit de poursuite des créanciers héréditaires en raison de la corrélation étroite de ce problème avec ceux soulevés par les successions échues à la femme commune en biens.

SECTION I

LES OBLIGATIONS DE LA FEMME ANTÉRIEURES AU MARIAGE

88. — Parmi les dettes antérieures au mariage, l'article 1409, 1°, du Code civil distingue les dettes mobilières et les dettes immobilières pour faire tomber en communauté seulement les premières. Cette distinction correspond à celle des meubles et des immeubles au point de vue actif sous le régime légal, mais il faut noter que le droit moderne, contrairement à l'ancien droit où les rentes foncières et les rentes constituées avaient un caractère immobilier, ne connaît que peu de dettes immobilières, à part dans certains cas l'obligation de transférer la propriété. En pratique, toutes les dettes sont mobilières et la distinction que prétend faire l'article 1409, 1°, entre les dettes antérieures au mariage est purement illusoire.

Les dettes du mari antérieures au mariage sont exécutoires non seulement sur la pleine propriété de ses biens personnels mais aussi sur la communauté alors que celles de la femme, si elles

n'ont pas date certaine antérieure au mariage, ne peuvent être poursuivies, aux termes de l'article 1410, alinéa 2, que « sur la nue-propriété de ses immeubles personnels » (1). Les motifs de cette différenciation entre le mari et la femme se trouvent exprimés dans le rapport au Tribunal de Duveyrier : « Pour que la communauté soit chargée sans injustice possible des dettes mobilières de la femme antérieures au mariage, il faut que ces dettes contractées sans le concours de l'autorité maritale aient une date authentique et certaine. Autrement la collusion et la fraude des écrits postérieurs au mariage et antidatés fourniraient à une femme facile ou coupable tous les moyens de ruiner la communauté et son mari » (2).

La femme commune en biens, de par son mariage, est sans pouvoir à l'effet d'engager la communauté et elle ne peut, pour ceux qui assimilent le droit de jouissance à un usufruit, disposer seule que de la nue-propriété de ses biens personnels. La fraude consisterait alors de sa part à antidater ses obligations pour étendre le gage de ses créanciers. Le législateur a voulu l'éviter et il soumet la preuve de la date à des conditions rigoureuses.

89. — Deux faits seulement sont mentionnés dans l'article 1410 comme pouvant donner date certaine à la créance de la femme antérieure au mariage : l'enregistrement du titre et le décès de l'un des signataires. Cependant les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour compléter cette disposition avec les principes généraux des obligations et notamment avec l'article 1328 du Code civil (3). Ainsi, malgré le silence de l'article 1410, la communauté est tenue de la dette mobilière de la femme antérieure au mariage lorsque la date certaine de cette dette résulte de ce que la substance en a été constatée dans des actes dressés par des officiers publics. En outre, le créancier qui n'a pas de titre écrit est admis à établir par une enquête ou par présomption l'antériorité de sa créance dans les cas où la loi l'autorise à prouver de cette manière l'existence même de sa créance : quand il s'agit d'une créance dont le montant ne dépasse pas cinq mille francs (art. 1341 al. 1), quand il n'a pu se procurer une preuve écrite de la dette (art.

(1) HENRI MASCAUX, *Des droits des créanciers de la femme mariée sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle*, thèse Paris, 1866, n^{os} 15 et suiv.; JOSEPH TOURNIER, *De l'influence du mariage de la débitrice sur les droits de ses créanciers*, thèse Bordeaux, 1905, pp. 9 et suiv.; DANIEL BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'opposabilité*, thèse Paris, 1929, pp. 129 et suiv.; Cass. civ., 12 juillet 1943, S. 1945-I-74, D. 1945-98, note P.L.P.; Trib. paix Verzy, 8 mai 1946, G.P. 1946-II-193; Cass. civ., 12 juin 1950, *Bull. cass.*, 1950-I, p. 103, n^o 136.

(2) Rapport du tribun DUVEYRIER *in* LOCRÉ, T. V, p. 341.

(3) TOULLIER, T. XII, n^o 202; MARCADÉ, art. 1410, 1^o, n^o 3; ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VIII, § 508, note 15; PLANIOL, T. VIII, par BOULANGER, n^o 306; RODIÈRE et PONT, T. II, n^o 711; COLIN et CAPITANT, T. III, n^o 275.

1348, al. 1 à 3), ou quand il a perdu par suite d'un cas fortuit le titre qui lui servait de preuve (art. 1348, al. 4).

Pour une dette commerciale, un arrêt a même cru pouvoir écarter l'article 1410 et dire que l'antériorité de la dette pouvait être prouvée par les moyens du droit commercial (4); mais, sur pourvoi, la Cour de cassation déclara que si la dette était bien commerciale au regard de la femme, elle avait un caractère civil aux yeux du mari et que seuls les modes de preuve du droit civil devaient être admis (5).

Enfin, d'après l'article 1410, alinéa 3, si le mari a payé pour la femme une dette qui n'avait pas date certaine antérieure au mariage, il ne peut en demander récompense ni à la femme ni à ses héritiers. Toutefois, si en payant la dette il a déclaré qu'il n'entend pas reconnaître que cette dette est antérieure au mariage mais qu'il paie pour venir au secours de son épouse, le mari se ménage ainsi, suivant l'opinion dominante, un recours ou un droit à récompense contre la femme (6). La jurisprudence admet d'ailleurs que la solution de l'article 1410, alinéa 3, doit être étendue et que toutes les fois que le mari a reconnu d'une manière quelconque la sincérité de la dette de la femme et son antériorité, il ne peut se prévaloir du défaut de date certaine et refuser le paiement au créancier sur les biens communs ou même sur ses biens personnels (7).

90. — La suppression de l'incapacité de la femme mariée par les lois des 18 février 1938 et 22 septembre 1942 n'a pas modifié ces solutions car la femme agissant seule n'a pas en principe qualité pour engager la communauté. Il en résulte que le créancier ne peut toujours pas poursuivre le mari ou la communauté si la créance n'a pas acquis date certaine avant le mariage : la date est inopposable au mari et à la communauté.

Cependant, à notre avis, l'article 1410 apparaît comme une survivance de l'incapacité de la femme mariée puisqu'il décide toujours dans son alinéa 2 que la créance qui n'a pas date certaine antérieure au mariage ne peut être poursuivie que sur la « nue-propriété » des biens de la femme. Cette règle procède d'une assimilation du droit de jouissance de la communauté à un usufruit, assimilation qui aurait dû disparaître depuis la loi du 18 février

(4) Angers, 2 avril 1851, S. 1851-II-529, D. 1851-II-53; dans le même sens : Caen, 6 décembre 1858, S. 1859-II-227; Paris, 10 juillet 1866, S. 1867-II-12; Rennes, 28 mai 1867, S. 1868-II-224.

(5) Cass. civ., 6 juillet 1853, S. 1854-I-33, et, sur renvoi, Poitiers, 26 février 1856, S. 1856-II-294, D. 1856-II-176.

(6) ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VIII, § 508, note 17; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. I, n° 523; PLANIOL, T. VIII, n° 299; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 308.

(7) Poitiers, 26 février 1856, préc., et, sur pourvoi : Cass. req., 9 décembre 1856, D. 1856-I-452; Besançon, 4 mars 1878, D. 1879-II-48; Limoges, 20 juin 1902, D. 1903-II-138.

1938. La femme, désormais capable, devrait pouvoir engager la pleine propriété de ses biens personnels par les actes qu'elle accomplit seule. La date certaine doit avoir simplement pour effet d'étendre le droit de gage des créanciers à l'actif commun, ce qui est normal puisque la communauté a recueilli tout l'actif mobilier. Mais, en l'absence de cette date certaine, la dette de la femme antérieure au mariage, comme toute dette postérieure, doit obliger la pleine propriété de ses propres sauf, bien entendu, la possibilité d'un recours du chef de la communauté lorsque l'engagement apparaît contraire à l'intérêt de la famille.

Nous serions donc tenté, en raison des principes nouveaux, de considérer l'article 1410, alinéa 2, comme abrogé tacitement. Une telle abrogation avait pu être soutenue sous l'empire de la loi du 18 février 1938 à propos de certains textes qui étaient contraires à la capacité de la femme mariée (8) et elle a été de nouveau proposée à propos de l'article 1450 sous l'empire de la loi du 22 septembre 1942 (9). Elle correspondrait d'ailleurs au vœu formulé par le Sénat en 1939 (10) qui proposait que la femme soit tenue sur la pleine propriété de ses propres des dettes antérieures au mariage, le texte voté n'exigeant plus la date certaine. C'est cette solution que reprend l'avant-projet du Code civil qui fait entrer dans le passif commun « les dettes de la femme antérieures à la formation de la communauté » (art. 388, 3^o), plaçant ainsi la femme « dans une situation identique à celle de son mari » (11).

En l'état actuel de la jurisprudence (12), nous ne pensons pas qu'une telle abrogation tacite de l'article 1410, alinéa 2, soit facilement acceptée. La Cour de cassation, tout en déclarant que le droit de jouissance n'est pas assimilable à un usufruit (13), n'en continue pas moins dans les faits à tirer toutes les conséquences d'une telle assimilation. Il nous faut donc souhaiter une intervention du législateur qui permette à la femme commune en biens

(8) Voir à ce sujet notamment Jean PONELLE, « Les successions échues à la femme et le droit de poursuite des créanciers depuis la loi du 18 février 1938 », G.P. 1938-II, Doctr., pp. 5 et suiv.

(9) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, J.C.P. 1943-I-304, n° 27; à ce sujet, voir FRÉJAVILLE, « Un texte à abroger : l'article 1450 du Code civil », D. 1945, Chron., p. 45.

(10) Pierre VOIRIN, « Notes parlementaires de droit civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 852.

(11) Michel VASSEUR, « La communauté légale et la communauté conventionnelle d'après l'avant-projet de Code civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1955, pp. 407 et suiv., n° 4.

(12) La jurisprudence postérieure à la loi de 1942 fait une application pure et simple de l'art. 1410, al. 2 : Cass. civ., 12 juillet 1943, S. 1945-I-74, D. 1945-98, note P.L.P.; Trib. paix Verzy, 8 mai 1946, G.P. 1946-II-193; Cass. civ., 12 juin 1950, *Bull. cass.*, 1950-I, p. 103, n° 136.

(13) Cass. req., 19 mai 1936, D.H. 1936-345; Cass. com., 28 décembre 1949, D. 1950-210.

d'engager la pleine propriété de ses propres au paiement d'une dette antérieure au mariage n'ayant pas date certaine.

En attendant cette réforme, il importe que les tribunaux adoptent une attitude libérale pour la preuve de l'antériorité de la date. Notre ancien droit laissait au juge toute liberté pour apprécier suivant les circonstances si la date de l'obligation qu'on lui soumettait était ou non sincère (14). Troplong a d'ailleurs soutenu que cette solution devait encore être adoptée de nos jours et que les termes de l'article 1328 étaient énonciatifs et non point limitatifs (15). Il faut désormais admettre que la dette consignée dans un acte sous seing privé indiquant une date antérieure au mariage permet la poursuite des créanciers sur tous les biens du ménage à moins que la fausseté de la date ne soit démontrée. Sinon, la règle édictée par l'article 1410 risque d'avoir des conséquences néfastes pour le crédit de la femme car, avant de traiter avec elle, chaque créancier devra se demander s'il n'a pas affaire à une future femme mariée et de toutes manières il est anormal que, comptant au moment de l'obligation sur un gage certain, il voie ce gage diminuer du seul fait du mariage de sa débitrice. La communauté légale profitant des meubles présents des époux doit supporter réellement les charges correspondantes constituées par les dettes antérieures au mariage; sans cela, le principe de la corrélation entre l'actif et le passif est sans portée pratique.

SECTION II

LES OBLIGATIONS DE LA FEMME POSTÉRIEURES AU MARIAGE

91. — Depuis que la femme mariée a été investie par la loi du 18 février 1938 d'une pleine capacité civile, elle est à même d'assumer des dettes valables mais dont l'exécution ne peut être poursuivie, en principe, sur les biens de la communauté. Cependant cette solution n'est pas d'une exactitude absolue et pour en définir exactement la portée, il importe de distinguer suivant la source de la dette : comme pour toute étude de responsabilité, il faut distinguer suivant que l'engagement de la femme résulte de faits dommageables qui lui sont imputables en dehors de toute convention, ou, au contraire, d'un acte volontaire et contractuel.

I. — Les obligations délictuelles ou quasi délictuelles.

92. — L'incidence sur les patrimoines personnels des époux et sur la communauté des obligations quasi délictuelles et délictuelles

(14) POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 259.

(15) TROPLONG, *Traité du contrat de mariage*, T. II, n° 773; en ce sens : BUGNET, sur POTHIER, *Œuvres*, T. VII, p. 163, note 1; Grenoble, 13 mai 1831, D. 1832-II-74; Besançon, 4 mars 1878, D. 1879-II-48.

de la femme est une question extrêmement délicate qui divise la doctrine contemporaine et dont l'intérêt se trouve renouvelé par deux arrêts récents de la Cour de Paris et de Cour de Riom (16). Le texte de base est l'article 1424 du Code civil qui déclare que « les amendes encourues par le mari pour crime n'emportant pas mort civile peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, sauf la récompense due à la femme; celles encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur la nue-propriété de ses biens personnels, tant que dure la communauté ». Il ne vise que les amendes, mais une jurisprudence importante y assimile les réparations civiles résultant des délits et quasi-délits (17). Il y aurait donc une opposition très nette entre le mari et la femme : alors que le mari engagerait non seulement ses biens personnels mais aussi la communauté, la femme n'obligerait que la nue-propriété de ses propres.

Une telle opposition n'a pas toujours existé. Au XIII^e siècle, les meubles, qui seuls répondaient des dettes, ne pouvaient, en principe, être saisis que par les créanciers du mari, mais celui-ci était considéré comme responsable, en tant que chef de la famille, des fautes et des délits que pouvait commettre son épouse. Il en résultait donc que les amendes et réparations pécuniaires prononcées contre la femme tombaient finalement en communauté comme dettes personnelles du mari, responsable pour autrui. Nous trouvons dans Beaumanoir un témoignage remarquable de cette responsabilité du mari à l'égard des conséquences pécuniaires des délits de la femme : « Si la fame d'un homme, dit-il, fait la rescousse ou sa mesnie, li hons respont du mesfet, car il doit avoir tel fame et tel mesnie qu'ils ne facent pas tel vilénie au seigneur » (18). Et la très ancienne coutume de Bretagne formulait cette responsabilité en termes généraux, la faisant dériver du pouvoir de correction reconnu au mari, « car il est tenu de chastier sa fame et aussi ses enfans qui seraient en son pouvoir » (19).

A partir du XV^e siècle, toutes les coutumes affirment le double principe de l'incapacité de la femme à s'obliger sans l'autorisation du mari et l'impossibilité pour elle d'engager la communauté et la pleine propriété de ses propres. Mais ces mêmes coutumes expriment ou sous-entendent une exception à l'incapacité en cas de délit. Sur ce point, la coutume d'Orléans était très explicite : « Femme mariée... aussi peut être convenue sans son mari pour l'injure qu'elle aurait faite ou dite à aucun. Toutefois, si ladite femme est condamnée, le mari et les biens que lui et sadite femme

(16) Paris, 15 février 1950, G.P. 1950-I-202, D. 1950-245; Riom, 19 mai 1952, S. 1952-II-180, observations MAZEAUD, *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 110.

(17) Voir notamment : Cass. civ., 17 août 1881, D. 1881-I-471; Trib. corr. Seine, 31 octobre 1912, S. 1913-II-157; Cass. civ., 6 février 1939, S. 1939-I-172.

(18) BEAUMANOIR, *Coutume du Beauvaisis*, XXX, 55.

(19) « Très ancienne coutume de Bretagne », VI^e partie, art. 204, dans le *Coutumier général* de BOURDOT DE RICHEBOURG.

ont et possèdent constant le mariage n'en sont tenus durant la communauté de biens » (20). Nous sommes donc en présence de principes solidement établis : la femme, par ses délits ou quasi-délits, ne peut engager la communauté; elle n'oblige que la nue-propriété de ses biens personnels, ce qui était la conséquence normale de l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit qui trouvait, elle-même, sa source dans l'incapacité de la femme (21).

Les juridictions faisaient une application assez stricte de ces principes : des arrêts du Parlement de Dijon du 27 juillet 1582 et du 14 septembre 1593 décident formellement que les créanciers ne peuvent saisir la communauté pour un délit commis par la femme (22). Il n'en était autrement que lorsque la communauté était censée avoir profité des délits commis par la femme : les condamnations pour faux-saunage, aux termes d'une déclaration du 28 mars 1683, étaient expressément mises à la charge de la communauté.

Le Code civil de 1804, maintenant le principe de l'incapacité de la femme mariée, devait obligatoirement reprendre les dispositions de la dernière époque de notre ancien droit. L'article 1424 était cependant mal rédigé et la doctrine comme la jurisprudence durent faire appel aux principes généraux pour assimiler aux amendes les délits et quasi-délits. Se basant sur l'incapacité de la femme mariée et sur la toute-puissance du mari, elles affirmèrent que les obligations délictuelles ou quasi délictuelles de la femme qui, certes, étaient valablement contractées en dehors de toute autorisation maritale, ne tombaient pas en communauté même provisoirement et n'engageaient que la nue-propriété des biens de la femme (23).

(20) « Coutume d'Orléans », art. 200, rapportée dans BOURDOT DE RICHEBOURG; voir aussi « Coutume de Sens », art. 27; POTHIER, *Traité de la communauté* : art. 145 de la coutume d'Anjou.

(21) Cf. *supra*, titre préliminaire, chap. I^{er}.

(22) Ces arrêts sont rapportés dans BRILLON, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*.

(23) DEMOLOMBE, T. IV, n^{os} 175 et suiv.; TROPLONG, T. II, n^{os} 176 et suiv.; HUC, T. IV, n^{os} 176 et suiv.; Henri MASCAUX, *Des droits des créanciers de la femme mariée sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle*, thèse Paris, 1886, n^o 74, p. 130; Prosper PRIEUR, *De l'effet des obligations contractées par une femme mariée sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Dijon, 1887, pp. 146-147; Louis DOC, *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de communauté*, thèse Poitiers, 1903, p. 146; Raoul NOUAILHAC, *Des obligations nées pendant le mariage sous les régimes de communauté et exclusifs de communauté*, thèse Bordeaux, 1907, p. 67; Robert DEVOS, *Des obligations délictuelles de la femme commune en biens*, thèse Paris, 1936, pp. 33 et suiv.; Cass. req., 8 juillet 1872, D. 1873-I-33; Cass. civ., 17 août 1881, préc.; Trib. corr. Seine, 31 octobre 1912, préc.; Nevers, 8 janvier 1930, G.P. 1930-I-483; Lyon, 6 novembre 1935, D.P. 1937-II-63, note NAST; Cass. civ., 6 février 1939, préc.

Dans la doctrine, seul M. Nast semblait douter de cette solution (24). Il arguait du fait que le Code civil était muet sur les dettes délictuelles pour dire que rien ne s'opposait à ce que celles-ci tombent provisoirement en communauté. Des motifs d'équité semblaient, en outre, devoir appuyer cette thèse dissidente : la réduction du gage à la nue-propriété aboutit en fait à sacrifier complètement les intérêts de la victime. Cette opinion ne fut accueillie favorablement ni par la doctrine ni par la jurisprudence qui n'admettaient que deux exceptions au principe général qu'elles avaient adopté.

Tout d'abord, Toullier (25), se prévalant d'un arrêt ancien de la Cour de cassation (26), avait proposé de distinguer deux séries de cas de responsabilité pour autrui : les cas prévus par l'article 1384 où la victime avait seulement à prouver la faute de l'enfant, de l'élève ou du préposé, et le cas du mari qui serait responsable des délits de la femme lorsque la victime pourrait prouver à la fois la faute de la femme et le fait que le mari aurait pu l'empêcher. Cette théorie était intéressante, car il aurait suffi à la jurisprudence de développer la notion d'obligation de surveillance de la part du mari et de faciliter la preuve du défaut de surveillance pour rendre le mari souvent responsable du fait de son épouse (27). Elle fut cependant repoussée par un arrêt de la Cour de cassation du 21 octobre 1901 (28), mais elle devait laisser des traces en jurisprudence et permettre de condamner le mari lorsque la femme pouvait être considérée comme sa préposée (29). La jurisprudence admit, en effet, très largement l'existence du rapport de commettant à préposé, beaucoup plus largement qu'entre étrangers. Elle fit application de cette idée notamment dans une espèce où une femme commune était entrée au service d'une personne dont le mari était légataire universel et à propos d'un délit commis relativement au testament de cette personne (30).

La deuxième exception qui était admise visait l'hypothèse où la communauté avait profité du délit commis par la femme. La communauté, au moins dans la mesure de son enrichissement, devait alors être déclarée responsable des condamnations pronon-

(24) PLANIOL et NAST, *Traité pratique de droit civil*, T. VIII, n°s 351 et suiv.; cette opinion est abandonnée dans la deuxième édition du *Traité* : PLANIOL et BOULANGER, T. VIII, n° 393.

(25) TOULLIER, T. XI, n° 820; voir aussi PERREAU, « De la responsabilité civile du mari quant aux délits de sa femme », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1902.

(26) Cass. req., 23 décembre 1818, S. 1819-I-278.

(27) DEVOS, *op. cit.*, p. 44.

(28) Cass., 21 octobre 1901, D. 1901-I-254, S. 1902-I-32 et les observations du conseiller LETELLIER.

(29) Nîmes, 11 janvier 1928, *Recueil périodique des assurances*, 1928, p. 318.

(30) Cass. req., 27 février 1827, S. 1827-I-228; voir aussi : Cass. crim., 1^{er} avril 1897, S. 1898-I-108; Paris, 6 décembre 1917, D. 1919-II-43.

cées contre la femme (31). La jurisprudence se trouvait d'ailleurs invitée à admettre cette exception par le législateur lui-même qui présumait que certains délits avaient profité au ménage tout entier : ainsi en était-il pour les délits ruraux (décret des 28 septembre et 6 octobre 1791, titre II, art. 7), les délits et contraventions commis en matière forestière (art. 206 du Code forestier) et les délits de pêche (art. 74 de la loi du 15 avril 1829).

93. — Les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ont accordé à la femme commune en biens la pleine capacité civile, mais elles n'ont pas modifié l'article 1424. On peut dès lors se demander si l'extension par la jurisprudence de ce texte aux délits et quasi-délits conserve toujours sa raison d'être ou s'il ne faudrait pas, au contraire, reconnaître à la femme la possibilité d'engager en ce cas la pleine propriété de ses propres. La restriction de l'obligation à la nue-propriété n'est que la conséquence de l'ancienne incapacité de la femme, l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit ne peut plus être soutenue aujourd'hui (32). Un motif d'équité vient d'ailleurs commander une nouvelle interprétation de l'article 1424 : l'obligation en nue-propriété conduit en fait à l'immunité de la femme (33), car elle suppose que celle-ci possède des biens personnels et même, en ce cas, la victime n'obtient qu'un faible gage, insuffisant en règle générale à compenser le dommage subi.

La chambre civile de la Cour de cassation a pourtant, le 6 février et le 2 mars 1956 (34), maintenu le principe de l'obligation personnelle de la femme, mais deux arrêts de Cours d'appel ont tenté, depuis 1942, d'échapper aux règles étroites admises précédemment. L'arrêt de la Cour de Paris du 15 février 1950 (35) adopte purement et simplement la thèse qu'avait jadis soutenue M. Nast. En l'espèce, une femme en instance de divorce avait élu résidence dans un immeuble indivis entre elle et un tiers. Se plaignant des conditions de l'occupation, le coïndivisaire réclamait une indemnité aux deux époux et le mari, pour échapper à la condamnation, invoquait l'article 1424. La Cour de Paris repoussa sa prétention, car « l'indemnité d'occupation réclamée par Deleyac correspond à une obligation quasi délictuelle contractée par la femme pour se loger et l'article 1424 de stricte application ne saurait être étendu à des obligations de cette nature ».

(31) Cass. req., 22 juillet 1891, S. 1893-I-65; Cass. civ., 31 octobre 1893, S. 1897-I-503.

(32) Cf. titre préliminaire, chap. I^{er}, n° 30 et suiv.

(33) BEUDANT, T. X, *Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux*, par LENOAN, n° 370, p. 349.

(34) Cass. civ., 6 février 1956, J.C.P. 1956-IV, p. 41; Cass. civ., 2 mars 1956, G.P. 1956-I-303, D. 1956-625, note WEILL, J.C.P. 1956-II-9579, note COLOMER, S. 1956-I-168.

(35) Paris, 15 février 1950, G.P. 1950-I-202, D. 1950-245, observations critiques LACARDE à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 350.

Moins audacieuse, la Cour de Riom, le 19 mai 1952 (36), s'est contentée d'essayer d'inclure l'espèce qu'elle avait à juger dans une des exceptions précédemment admises par la jurisprudence et la doctrine. Les faits étaient les suivants : deux époux circulaient la nuit sur des bicyclettes non éclairées et la femme causa un accident mortel; la veuve de la victime assigna les deux conjoints en paiement de dommages-intérêts, mais le tribunal de première instance, faisant application de l'article 1424, écarta la responsabilité du mari. La Cour d'appel réforma le jugement et condamna « le chef de la communauté » au motif qu'« il n'était pas resté complètement étranger au délit commis par la femme », l'ayant autorisée à circuler sans éclairage, ou tout au moins ne le lui ayant pas interdit. Le véritable motif de cet arrêt se trouve en réalité dans une phrase incidente : « La condamnation contre la dame Laurent seule restant pratiquement sans effets. »

94. — Des solutions adoptées par ces deux arrêts, celle de la Cour de Paris nous semble préférable, car elle concilie à la fois la capacité de la femme mariée et l'intérêt des tiers, et elle sauvegarde les principes juridiques. Normalement, la loi de 1942 aurait dû entraîner l'abrogation de l'article 1424 et, sans mettre les deux époux sur un pied d'égalité, permettre à la femme d'engager la pleine propriété de ses propres. Le droit de jouissance de la communauté ne fait pas obstacle à ce que la femme aliène la pleine propriété de ses propres, sauf la possibilité pour le mari de faire annuler les actes qui se révéleraient contraires à l'intérêt de la famille. L'obligation est un acte de même nature que l'aliénation et les mêmes principes doivent être appliqués. Cette solution se recommande ici encore plus qu'ailleurs, puisque l'engagement de la femme ne résulte pas d'un acte volontaire et contractuel, mais d'une faute qui doit obligatoirement être sanctionnée. Il ne faudrait pas qu'en raison de son régime matrimonial, la femme commune en biens bénéficie d'une immunité choquante.

Le projet adopté par le Sénat en 1939 admettait une solution encore plus libérale que celle que nous proposons puisque, aux termes de l'article 1419, la communauté se trouvait engagée par les dettes délictuelles de la femme (37). L'avant-projet de Code civil a repris cette règle, puisque son article 388, 4°, dispose que « les dettes dont le recouvrement peut être poursuivi sur les biens de communauté sont... les dettes de la femme postérieures à la formation de la communauté qui n'ont pas leur source dans un acte juridique ».

(36) Riom, 19 mai 1952, S. 1952-II-180, observations critiques MAZEAUD à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p. 110.

(37) CHOTEAU, « La réforme des régimes matrimoniaux », *Mélanges Ripert*, T. I, p. 462.

II. — Les obligations contractuelles.

95. — Les obligations que la femme commune en biens peut contracter seule durant le mariage peuvent se répartir en deux groupes. Il y a d'abord des obligations purement personnelles qui visent à satisfaire l'intérêt de la femme seule. Atteintes d'une nullité relative avant 1938 en raison de l'incapacité, ces obligations sont désormais valables, mais il importe de déterminer le gage des créanciers.

Dès avant 1938, la femme agissant seule pouvait contracter des obligations pour satisfaire les besoins du ménage. Elle agissait alors en vertu d'un mandat domestique et par représentation du mari, ce qui conduisait à laisser ses biens à l'abri de toute poursuite. Mais, depuis 1942, la jurisprudence tend à adopter des solutions qui s'adaptent mal avec l'idée de représentation; elle permet aux créanciers du ménage de saisir les biens des deux époux. C'est dans cette mesure, et dans cette mesure seulement, que nous serons amenés à traiter des répercussions des pouvoirs ménagers de la femme commune en biens.

A. — LES OBLIGATIONS PERSONNELLES.

96. — Sous l'empire du Code civil de 1804, la femme commune en biens, étant une incapable, ne pouvait contracter sans l'autorisation de son mari. Les dettes nées de son chef étaient donc annulables, à défaut de cette autorisation. Toutefois, la nullité, étant relative, avait besoin d'être prononcée et elle ne pouvait l'être qu'à la demande du mari ou de la femme (art. 225 ancien). Si elle n'était pas invoquée ou si elle n'était pas obtenue, l'engagement restait efficace comme s'il avait été passé régulièrement (38). De telles dettes, comme celles que la femme pouvait contracter avec l'autorisation de justice, n'obligeaient ni la communauté ni le mari, et le créancier devait respecter le droit de jouissance de la communauté sur les biens personnels de sa débitrice, ne pouvant dès lors saisir que la « nue-propriété » de ceux-ci.

Il n'en était autrement, en vertu de l'article 1427 ancien, que lorsque la femme avait été autorisée par justice à s'obliger dans l'un ou l'autre des deux cas suivants : soit « pour tirer le mari de prison », soit en cas d'absence judiciairement déclarée du mari « pour l'établissement des enfants communs ». Ces solutions étaient tirées de notre ancien droit (39). Certaines décisions de justice avaient tenté d'étendre la disposition exceptionnelle de l'article 1427 à d'autres dettes tout aussi légitimes en cas d'aliénation du mari ou de disparition sans qu'il y ait eu déclaration d'absence, en tirant

(38) BEUDANT, T. X, par LENOAN, n° 362, p. 344.

(39) Voir POTHIER, *Coutume d'Orléans*, art. 196, éd. Bugnet, T. I, p. 273; LEBRUN, *Traité de la communauté*, livre II, chap. I^{er}, n° 21.

argument du mot « même » employé dans le texte qui semblait indiquer une énumération non limitative (40) ; mais cette opinion n'avait pas prévalu (41).

Il fallait aussi réserver le cas où la communauté se trouvait obligée par des actes émanant de la femme en raison de l'enrichissement qui lui avait été procuré. Aucun texte ne formulait cette exception, mais elle résultait du droit commun et était admise par tous les auteurs (42).

97. — Depuis la loi du 18 février 1938, le principe général reste inchangé : la femme agissant seule ne peut engager la communauté (43). Ainsi l'ordonnance de conciliation qui autorise la femme à demander la séparation de corps n'emporte pas obligation pour le mari de payer les frais du procès, quel qu'en soit le résultat (44). Cependant, la femme peut valablement contracter et elle est responsable de ses engagements sur ses biens personnels. Ce dernier point ne fait pas de doute, il n'y a discussion que pour savoir dans quelle mesure les créanciers peuvent saisir les propres de la femme.

Les auteurs et la jurisprudence, qui assimilent le droit de jouissance à un usufruit, appliquent ici les principes qu'ils avaient dégagés à propos des aliénations et réduisent les pouvoirs de la femme à la « nue-propriété » de ses propres (45). Ce gage se révèle, en général, insuffisant, en raison de la difficulté éprouvée à trouver un acquéreur qui se contente d'un droit de propriété grevé d'une telle charge ; de toute manière, les créanciers risquent d'obtenir difficilement le paiement de l'intégralité de leurs créances. Dans ces conditions, ils exigeront la signature des deux époux ou s'abstiendront de contracter.

98. — Comme pour les aliénations, la femme peut cependant augmenter son crédit en ayant recours à l'autorisation de justice sur la base de l'article 217, qui lui permettra d'obliger non seulement la pleine propriété de ses propres, mais aussi la communauté

(40) Bourges, 13 février 1830, D. 1831-II-78, S. 1831-II-69 ; Amiens, 26 juillet 1877, S. 1877-II-265.

(41) AUBRY et RAU, T. VIII, § 509, 5^e éd., texte et note 36 ; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, 8^e éd., n° 128, p. 119.

(42) BEUDANT, T. X, par LENOAN, n° 364, p. 345.

(43) Bordeaux, 6 juillet 1938, D.P. 1939-II-78 ; Rouen, 9 mai 1947, J.C.P. 1947-IV, p. 173 ; Nancy, 14 octobre 1947, *Rec. Nancy*, 1947-275, G.P. 1947-II, Tables, p. 34 ; Colmar, 7 juin 1953, J.C.P. 1953-IV, p. 95 ; Paris, 21 novembre 1953, J.C.P. 1954-IV, p. 138.

(44) Cass. civ., 3 août 1943, S. 1944-I-120, G.P. 1943-II-149 ; Cass. req., 5 juillet 1943, S. 1944-I-8, G.P. 1943-II-150, D.A. 1944, Somm., 1.

(45) Cf. les références citées au chapitre précédent ; *adde* : PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 390 ; Trib. civ. Seine, 1^{er} décembre 1938, D.P. 1939-II-73, note NAST ; Paris, 31 janvier 1946, J.C.P. 1946-II3038. C'est cette solution qu'adopte l'avant-projet de Code civil dans son art. 390 : « Le recouvrement de toutes les dettes de la femme peut être poursuivi sur la nue-propriété de ses biens propres. »

et par contrecoup les propres du mari. Cette dernière conséquence a été rejetée par M. Choteau (46), pour lequel l'autorisation de l'article 217 ne peut conférer à la femme que le pouvoir d'engager la pleine propriété de ses propres, mais non pas la communauté. L'article 1426 aurait simplement voulu dire, en visant l'article 217, que l'obligation de garantie consécutive à toute aliénation, qu'elle soit volontaire ou sur saisie, tomberait en communauté. Cette opinion restrictive n'a cependant pas été retenue par la majorité de la doctrine qui reconnaît à la femme un pouvoir propre, mais virtuel, à l'effet d'obliger les biens communs et d'en disposer (47).

99. — Selon ces mêmes auteurs, la femme pourrait encore augmenter son crédit en consentant une subrogation dans son hypothèque légale au profit d'un de ses créanciers personnels (48). Au temps où elle était incapable, la femme pouvait déjà le faire avec l'autorisation du mari (49). Mais la subrogation ne présentait alors que peu d'intérêt, car, lorsqu'elle contractait un emprunt, la femme devait obligatoirement se munir du consentement du mari qui devenait lui aussi débiteur. Cette convention ne présentait vraiment de l'utilité pour la femme, qu'une fois le mariage dissous, car, devenue capable et créancière de reprises non encore liquidées, il lui était possible d'augmenter ainsi le gage de ses créanciers personnels (50).

La loi du 18 février 1938 aurait pu donner une importance considérable à ce moyen de crédit. La femme pouvait dorénavant procéder seule à un emprunt et concéder une subrogation dans son hypothèque légale sans avoir besoin du consentement du mari, car c'est une règle de droit commun que tout créancier peut subroger un autre créancier dans son hypothèque (51). Il suffisait alors d'observer les règles habituelles de la subrogation, acte authen-

(46) CHOTEAU, « Les dettes de communauté nées du chef de la femme recourant à l'autorisation judiciaire de l'article 217 », D. 1947, Chron., pp. 17 et suiv.; « Domaines d'application comparée des articles 217 et 219 du Code civil », D. 1949, Chron., pp. 93 et suiv.

(47) FRÉJAVILLE, « Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours du mari », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 232, n° 15; « Des conséquences de l'autorisation de justice en cas de refus ou d'opposition du mari sous le régime de communauté », J.C.P. 1943-I-369, n° 3 à 6; notes au J.C.P. 1944-II-2644, au D.C. 1944, J. 21, et au D. 1945-197; JULIOT DE LA MORANDIÈRE, « La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », J.C.P. 1943-I-304, n° 39 et 52; Pierre RAYNAUD, « L'habilitation judiciaire des époux depuis la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1946, pp. 14 et 15, n° 38; DERRIDA, « Le maniement des deniers par la femme commune en biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 274, n° 26.

(48) FRÉJAVILLE, « La subrogation consentie par la femme dans son hypothèque légale au profit d'un de ses créanciers personnels sans le concours du mari », J.C.P. 1943, I, éd. Not., 379.

(49) PRANIOU et RIPERT, T. XIII, par BECQUÉ, n° 1374.

(50) Toulouse, 19 février 1892, S. 1893-II-105, note Albert PASSAMA.

(51) FRÉJAVILLE, préc., J.C.P. 1943-I-379.

tique et inscription, et de la signaler au mari qui, n'étant pas un tiers au sens de la loi du 23 mars 1855, n'était pas tenu de consulter le registre des inscriptions et aurait pu, à la dissolution, payer valablement le montant des reprises à la femme sans être astreint à effectuer un deuxième paiement, sauf le cas de mauvaise foi. Notons cependant que cette subrogation aboutissait à donner à l'hypothèque légale un rôle différent de celui qui lui était originellement assigné et qui consistait à garantir le montant des reprises de la femme.

Le décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière a ôté une grande partie de son utilité à ce procédé. Désormais, l'hypothèque légale de la femme mariée est soumise à la double règle de la spécialité et de la publicité au cours du mariage. En pratique, la femme ne remplira pas cette double exigence et se privera ainsi d'un surcroît de crédit, pourtant indispensable lorsqu'on assimile le droit de jouissance à un usufruit.

100. — En bonne logique, la femme devrait, sinon avoir le même crédit que le mari, comme le propose M. Alex Weill (52), du moins pouvoir engager la pleine propriété de ses propres au paiement des obligations qu'elle contracte. Une telle solution n'est possible qu'à la condition d'abandonner l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit. Cette extension du gage des créanciers de la femme pourrait être appliquée sans qu'il soit besoin de faire appel à une intervention du législateur, car aucun texte du Code civil ne s'y oppose. L'article 1426 interdit seulement à la femme d'obliger la communauté sans le consentement du mari, à l'exception de certains cas prévus par les articles 217, 219, 225 du Code civil et 5 du Code de commerce. Certes, dans la communauté, se trouve le droit de jouissance, mais l'article 1426, étant interprété suivant les principes nouveaux, ne vise que les biens communs entendus d'une manière stricte.

Cependant, là encore, les principes généraux du régime de communauté ne permettent pas d'octroyer à la femme une totale liberté d'action; ils exigent la soumission de son activité à l'intérêt supérieur de la famille: lorsqu'une femme commune en biens contracte une obligation contraire à l'intérêt du ménage, il faut reconnaître au mari la possibilité de la faire annuler.

C'est d'ailleurs cet intérêt bien compris du ménage qui a amené un arrêt à méconnaître la théorie de la représentation adoptée par la jurisprudence pour expliquer les pouvoirs ménagers de la femme mariée, en permettant aux créanciers du ménage de saisir les biens personnels de la femme commune en biens (53).

(52) Alex WEILL, « La protection de la femme commune en biens et le crédit du ménage », *Mélanges Ripert*, T. I, pp. 362 et suiv., spécialement pp. 387-388.

(53) Paris, 11 décembre 1943, S. 1945-II-57, note P. RAYNAUD.

B. — LES OBLIGATIONS MÉNAGÈRES.

101. — Aux termes de l'article 220 du Code civil, les obligations ménagères sont contractées par la femme mariée comme représentante de son mari. Ce mandat légal, faisant suite au mandat tacite adopté par la jurisprudence antérieurement à 1942 (54), devait logiquement amener les tribunaux à consacrer le principe de la non-obligation de l'épouse aux dettes du ménage (55). C'est ce que décidait la Cour de Paris le 31 janvier 1935 pour la femme commune en biens : « Aux termes de l'article 1420 du Code civil, la dette ainsi contractée par la femme est à la charge de la communauté et le paiement ne peut en être poursuivi ni contre la femme, ni contre ses biens personnels; le mari peut seul être poursuivi » (56).

Cependant, dès avant 1938, et en vue de protéger davantage les tiers qui contractaient ainsi avec la femme commune en biens, certaines décisions, émanant de tribunaux inférieurs, avaient condamné solidairement les deux époux, au mépris de l'idée de représentation. Cette jurisprudence se manifesta notamment à propos des soins médicaux donnés à une femme mariée. C'est ainsi que le Tribunal civil de Bordeaux, le 19 février 1903, condamna une femme commune en biens au paiement de frais d'accouchement (57). Cette décision fut reprise et même développée (58) par un jugement du Tribunal civil de la Seine en date du 11 juillet 1922 (59) et par un arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 21 juin 1932 (60) qui déclarait « que l'appelant est incontestablement créancier de la dame Hénimann, à qui il a donné des soins, et qu'il est dès lors en droit de demander contre elle une condamnation solidaire ».

Ces décisions n'étaient que la transposition de la solution admise par la jurisprudence sous le régime de séparation de biens. Sous ce régime, les tribunaux ont, en effet, permis aux créanciers

(54) Jacques BOUTARD (*Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse Caen, 1946, p. 27, note 2) cite les nombreuses décisions de jurisprudence adoptant l'idée du mandat tacite.

(55) Sur cette question, voir : GIRAUD, *De la contribution des époux aux charges du ménage*, thèse Paris, 1911, pp. 19 et suiv.; TUMERELLE, *Les dettes contractées dans l'intérêt du ménage sous le régime de communauté*, thèse Paris, 1935, pp. 80 et suiv.; JARY, *Les dettes du ménage*, thèse Paris, 1939, pp. 197 et suiv.; Jacques BOUTARD, *op. cit.*, pp. 278 et suiv.; Georges DÉLUCENAY, *De la représentation de l'un des époux par l'autre*, thèse Dijon, 1947, pp. 56 et suiv.

(56) Paris, 31 janvier 1935, G.P. 1935-I-528; en ce sens : Cass. civ., 22 novembre 1893, S. 1896-I-14; Cass. soc., 27 janvier 1939, S. 1939-I-91.

(57) Trib. civ. Bordeaux, 19 janvier 1903, *Gaz. Trib.*, 1903-II-335.

(58) Le Tribunal de Bordeaux condamnait la femme à titre de caution, alors que les autres la déclaraient débitrice solidaire.

(59) Trib. civ. Seine, 11 juillet 1922, D. 1924-II-105.

(60) Dijon, 21 juin 1932, S. 1932-II-209.

du ménage de poursuivre personnellement la femme non seulement pour les dettes contractées dans l'intérêt des enfants (61), mais aussi pour celles engagées dans l'intérêt du ménage, pour les besoins de la femme (62) ou pour ceux du mari (63). Toutes ces décisions étaient rendues, il est vrai, dans le cas d'insolvabilité du mari, mais le principe était si bien admis que, dès 1935, M. Savatier pouvait écrire : « La dette du ménage donne de droit au créancier une action solidaire contre le mari et la femme séparée de biens, et cela que la dette ait été contractée par l'un ou par l'autre et qu'elle ait répondu aux besoins directs soit de l'un, soit de l'autre, soit des enfants » (64).

Toutefois, sous le régime de communauté, la nouvelle tendance jurisprudentielle devait être condamnée par un arrêt de la Cour de cassation du 27 janvier 1939 qui décidait que « les frais médicaux rentrent dans les dépenses engagées dans l'intérêt et pour l'entretien du ménage et par suite tombent en communauté; qu'à supposer que la dame B... ait elle-même pris l'initiative de solliciter les soins et d'engager ainsi la dépense relative à leur rémunération, elle doit être réputée avoir agi conformément aux dispositions de l'article 1420 du Code civil; le paiement de cette dette ne peut être poursuivi ni contre elle, ni sur ses biens personnels » (65).

La différence de solution entre les deux régimes peut d'ailleurs s'expliquer facilement. Sous le régime de séparation de biens, la femme est débitrice de son mari, auquel elle doit remettre périodiquement sa part contributoire; il est difficile pour les créanciers du ménage de savoir si cette part a été effectivement remise (66). Sous le régime de communauté, au contraire, la contribution est assurée d'une manière automatique par l'intermédiaire du droit de jouissance. Aucun problème de comptabilité ne se pose et on ne voit pas sur quel fondement on pourrait s'appuyer pour permettre aux créanciers du ménage d'agir contre la femme.

102. — Il aurait dès lors été possible de considérer comme des accidents les décisions jurisprudentielles admettant l'obligation de la femme au paiement des dettes du ménage sous le régime de communauté (67), si un arrêt de la Cour de Paris du 11 décembre

(61) Agen, 13 juillet 1849, S. 1849-II-367; Paris, 20 mars 1850, S. 1850-II-387; Agen, 18 juin 1851, D. 1851-II-228, S. 1852-II-17.

(62) Cass. req., 25 mai 1891, S. 1892-I-369, note APPERT; Cass. req., 3 juillet 1907, S. 1909-II-543; Trib. civ. Seine, 18 mars 1909, D. 1910-II-7.

(63) Cass. req., 3 juillet 1907, préc.; Cass. req., 31 octobre 1934, S. 1935-I-16, D.P. 1935-I-73, note NAST.

(64) SAVATIER, « L'action des créanciers pour dettes de ménage contre les époux séparés de biens », D.H. 1935, Chron., pp. 25 et suiv.

(65) Cass. soc., 27 janvier 1939, D.H. 1939-199, S. 1939-I-91.

(66) SAVATIER, « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens », D.H. 1929, Chron., p. 21.

(67) Jacques BOUTARD, *op. cit.*, p. 291.

1943 (68) n'était venu remettre en question la jurisprudence antérieure en décidant que la femme commune en biens est tenue sur ses biens personnels, solidairement avec son mari, des dettes contractées dans l'intérêt du ménage. Les attendus de cet arrêt méritent d'être cités : « Considérant que la demande originaire tendait au paiement par les époux Génis du montant des loyers dont ils étaient redevables aux propriétaires, fixés à 18.000 francs...; considérant que, bien que mariés sous le régime de communauté, la dette a été contractée par les époux Génis dans l'intérêt du ménage, sans qu'il y ait lieu de rechercher quel est celui des époux qui l'a assumée; que la femme ne saurait être dispensée de faire face aux obligations contractées par l'association conjugale surtout si, comme en l'espèce, elle a occupé personnellement les lieux en 1933, son mari ayant quitté la France sans espoir de retour et étant insolvable au moment où le paiement a été poursuivi; que la dame Génis doit donc être tenue solidairement avec son mari au paiement de la dette contractée par Génis dans l'intérêt commun. »

Cet arrêt se justifie essentiellement par des considérations d'ordre pratique. Il importe avant tout d'assurer le crédit du ménage et il apparaît particulièrement illogique de permettre à la femme, fût-elle mariée sous le régime de communauté, de mettre son patrimoine personnel à l'abri, alors qu'elle a profité de la dette contractée. Certes, cette solution se révèle en contradiction avec la théorie du mandat légal, mais elle va dans le sens de l'évolution actuelle qui tend à assurer la primauté de l'intérêt de la famille sur l'intérêt personnel des époux. Il faut donc souhaiter que le législateur abandonne la fiction de la représentation et accorde à la femme un pouvoir propre à l'effet d'engager l'ensemble des biens du ménage au paiement des dettes ménagères (69).

(68) Paris, 11 décembre 1943, S. 1945-II-57, note P. RAYNAUD.

(69) En ce sens : Jacques BOUTARD, thèse préc.

103. — L'étude des aliénations et des obligations montre qu'il est possible de donner deux interprétations différentes de la capacité de la femme sous le régime de communauté. L'interprétation restrictive aboutit à rendre cette capacité purement théorique et oblige la femme à faire intervenir constamment le mari ou la justice. Elle se condamne elle-même par son intransigeance.

A l'opposé, nous avons cru pouvoir dégager une théorie qui harmonise la capacité de la femme avec les principes communautaires. Cette conception, basée sur une étude historique et respectant les pouvoirs du mari tant sur les biens communs que sur les propres des époux, assure le respect de l'intérêt de la famille, tout en permettant à la personnalité de la femme de s'affirmer. Nous croyons que toute réforme du régime de communauté doit s'orienter dans ce sens, car la théorie admise par la doctrine et les solutions de la jurisprudence maintiennent la femme dans un état voisin de son ancienne incapacité non seulement à propos des aliénations et des obligations, mais encore, comme nous allons le voir maintenant, à propos des acquisitions.

TITRE II

LES ACQUISITIONS REALISEES PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS

104. — Comme les actes de disposition, les acquisitions que la femme commune en biens peut réaliser sont en nombre très varié. Et, dans les deux cas, la distinction capitale est celle des actes à titre onéreux et des actes à titre gratuit. Mais, tandis que les actes de disposition à titre gratuit, les legs ou les donations effectuées par la femme commune en biens, ne nécessitaient pas une étude spéciale, les principes à appliquer étant sensiblement les mêmes que ceux régissant les aliénations à titre onéreux, les successions échues à la femme méritent un examen approfondi, en raison de la complexité et du particularisme des règles successorales. Aussi étudierons-nous, dans deux sous-titres, d'abord les acquisitions à titre onéreux, puis les acquisitions à titre gratuit.

SOUS-TITRE PREMIER

Les acquisitions à titre onéreux

105. — Comme tout patrimoine, celui de la femme commune en biens n'est pas immuable; sous l'influence des nécessités économiques, la femme peut être amenée à remplacer un bien par un autre bien, ou elle peut désirer augmenter ses propres en en acquérant de nouveaux. Depuis 1938, elle a l'aptitude juridique nécessaire pour réaliser ces acquisitions, sans avoir à solliciter l'autorisation ou le concours de son mari.

Mais la communauté légale est, suivant la formule qui nous a été transmise par notre ancien droit, une communauté des meubles et acquêts. Tous les biens meubles tombent en communauté, aussi bien ceux que les époux possédaient en se mariant que ceux qui peuvent leur advenir durant le mariage. Surtout, sous le régime de la communauté légale comme sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, le patrimoine commun s'accroît, au cours du mariage, non seulement des fruits et revenus des propres et des gains provenant de l'activité des époux, mais aussi des acquisitions, meubles ou immeubles, réalisées à titre onéreux durant le mariage.

Cette règle n'a cependant pas un caractère absolu et certaines acquisitions, *déterminées par la loi*, bien qu'ayant été réalisées à titre onéreux tant que dure la société conjugale, viennent grossir le patrimoine propre des époux.

La femme commune en biens qui ne peut engager, en principe, que ses biens personnels au paiement des acquisitions qu'elle réalise, verra-t-elle son patrimoine propre obligé alors que l'acquisition ne profiterait qu'à la communauté? Ne conviendrait-il pas

plutôt de décider que les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ont entraîné une modification des règles traditionnelles et de faire une application stricte du principe de la corrélation entre l'actif et le passif ? C'est à ces questions que nous entendons répondre en étudiant les acquisitions à titre onéreux réalisées par la femme commune en biens en son nom personnel et qui tombent en communauté. Puis nous examinerons les acquisitions à titre onéreux réalisées par la femme commune en biens en son nom personnel et qui font partie de son patrimoine propre.

CHAPITRE PREMIER

LES ACQUISITIONS A TITRE ONEREUX REALISEES PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS EN SON NOM PERSONNEL ET QUI TOMBENT EN COMMUNAUTE

106. — « *Uxor non est proprie socia, sed speratur fore.* » Cette affirmation de Dumoulin, vraie dans notre ancien droit à partir du XVI^e siècle, a été consacrée par notre Code civil et on peut se demander s'il n'en est pas toujours ainsi en présence des termes de l'article 1421 du Code civil qui, bien que ne visant expressément que les actes de disposition, doit aussi recevoir application pour les acquisitions.

Dès lors, en permettant à la femme d'acquérir des biens communs, ne risque-t-on pas de heurter directement les pouvoirs de chef du mari qui, seul, aurait qualité pour réaliser des acquisitions tombant en communauté ? La question mérite d'être posée, car son étude nous permettra d'apercevoir la très grande disproportion qui existe entre la capacité et les pouvoirs de la femme, tant au point de vue de la possibilité d'acquérir à titre onéreux qu'au point de vue des conséquences des acquisitions ainsi réalisées sur le patrimoine personnel de la femme.

SECTION I

L'ENTRÉE EN COMMUNAUTÉ DES ACQUISITIONS A TITRE ONÉREUX RÉALISÉES AU COURS DU MARIAGE

I. — Exposé du principe.

107. — D'après l'article 1401 du Code civil, « la communauté se compose activement... de tous les immeubles qui sont acquis

pendant le mariage ». Cette même règle est reproduite dans l'article 1498, alinéa 2, à propos de la communauté réduite aux acquêts : « Le partage se borne aux acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens propres. »

De ces deux articles, il résulte qu'en principe toute acquisition à titre onéreux faite pendant le mariage par les deux époux ou par l'un d'eux constitue un bien commun; pour cela, il importe peu que l'acquisition ait été réalisée à l'aide de deniers communs ou de deniers provenant de l'aliénation antérieure d'un propre. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'une acquisition effectuée durant le mariage vient accroître le patrimoine personnel des époux, et les exceptions à l'entrée des biens en communauté sont énoncées dans différents textes du Code civil, notamment les articles 1402, 1405, 1406, 1407, 1408, 1434, 1435 et 1437. Toutes les autres acquisitions font partie de l'actif commun. Ce principe est traditionnel et il était déjà exprimé par les auteurs de l'ancien droit (1).

108. — Cependant, l'existence de cette règle a été contestée et certains auteurs ont été jusqu'à admettre que les époux pouvaient à volonté se constituer des propres, même si pour cela ils devaient utiliser des deniers communs. C'est ainsi que Lyon-Caen écrivait (2) : « Il est essentiellement faux de dire que sous le régime de la communauté, l'actif commun ne peut être employé à l'augmentation de la fortune propre des époux. La théorie des récompenses est un éclatant démenti donné à ce prétendu principe. Un époux peut avec des deniers communs augmenter son actif propre et c'est précisément là le cas dans lequel il doit récompense (art. 1437 C. civ.). » L'opération pourrait se schématiser ainsi : il y aurait d'abord un emprunt fait à la communauté, puis une acquisition à l'aide des deniers empruntés. Il est, en effet, possible à la communauté de consentir des prêts aux époux; le mari, chef de cette communauté, qui peut prêter à des tiers des deniers communs, peut très certainement en prêter aussi à sa femme et si c'est lui qui désire se constituer un propre, rien ne l'empêche, étant donné ses pouvoirs, de réaliser l'opération à son profit. Le bien acquis grâce à cet emprunt viendra accroître le patrimoine

(1) POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 198; DUPLESSIS, *Traité de la coutume de Paris*, 5^e éd., 1754, livre I, chap. II, p. 364; LEBRUN, *Traité de la communauté*, livre I, chap. V, S. II, dist. 3, n° 3; FERRIÈRE, *Nouveau commentaire sur la coutume de Paris*, 1762, ad. art. 220; BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, 1770, II^e partie, chap. X, sect. III, n° 32.

(2) Note LYON-CAEN sous Douai, 31 janvier 1876, au S. 1877-II-33; en ce sens : conclusions avocat général BEDARRIDES sous Cass., 28 mars 1877, D. 1877-I-243; Besançon, 23 mai 1871, S. 1874-II-310.

de l'époux acquéreur qui, à la dissolution de la communauté, ne sera tenu que d'une récompense.

L'acquisition de propres à l'aide de deniers communs trouverait d'ailleurs sa justification dans l'article 1437 du Code civil qui se termine par une formule générale : « Toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. » Les époux peuvent donc parfaitement et de quelque manière que ce soit utiliser à leur profit les ressources de la communauté pour acquérir des biens personnels.

109. — En réalité, cette théorie ne saurait être acceptée, car elle se heurte aux principes mêmes du régime de communauté. Tout d'abord, l'article 1395 du Code civil, qui défend d'apporter des changements aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage, n'interdit pas seulement aux époux de modifier l'ensemble de leur régime, il leur interdit aussi d'en écarter les conséquences et notamment les règles qui régissent la composition des différents patrimoines (3). Le principe inscrit dans les articles 1401, alinéa 3, et 1498, alinéa 2, du Code civil est un principe essentiel du régime de communauté : il traduit dans les faits l'idée de base du régime, à savoir la mise en commun des gains et des pertes au cours du mariage.

On objecterait vainement l'énoncé général de l'article 1437. Ce texte, en effet, n'a pas pour objet de fixer le caractère juridique des biens; il ne s'occupe que de régler une question de récompense. La loi permet, certes, aux époux d'utiliser les deniers communs dans l'intérêt de leurs biens personnels, « un époux peut, en puisant dans la caisse commune, conserver un bien propre, dégrever un propre d'une charge, améliorer un bien propre, faire notamment sur un terrain nu une construction qui sera propre (art. 1437) » (4), mais ce que les époux ne peuvent pas, « c'est faire pour eux personnellement un contrat. Ils ne peuvent, par exemple, acheter un immeuble à la condition qu'il sera propre à l'un d'eux sauf récompense du prix à la communauté » (5). Pour que l'article 1437 puisse s'appliquer, il faut que l'époux possède en propre un bien qu'il veut améliorer ou sauvegarder; ce texte suppose l'existence antérieure du bien propre, il ne peut viser une acquisition nouvelle (6).

(3) PLANIOL, T. VIII, par NAST, n° 55; BEUDANT, T. X, n° 109; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 125; RIFERT et BOULANGER, T. III, n° 137.

(4) Note LABBÉ sous Cass. civ., 12 février et 19 mars 1877, au S. 1877-I-397.

(5) Note LABBÉ, *ibid.*

(6) GUILLOUARD, T. II, n° 375; LAURENT, T. XXI, n° 218; AUBRY et RAU, par ESMEIN, T. VIII, § 507, texte et note 7-4; André PITEUX, *De la défense pour les époux de se constituer arbitrairement des propres pendant la communauté*, thèse Paris, 1908, pp. 21 et suiv.

S'il en était autrement, on ne comprendrait pas pourquoi le législateur aurait déterminé, dans divers articles du Code civil, les cas où exceptionnellement un bien acquis à titre onéreux par les époux durant le mariage constitue une valeur propre. Particulièrement, les articles 1434 et 1435 du Code civil, qui sont relatifs aux formalités du remploi, n'auraient aucun sens.

Enfin, et surtout, admettre que les époux peuvent à volonté se constituer des propres pendant le mariage, serait porter atteinte à la fois aux intérêts de la communauté, aux intérêts de ses créanciers, et finalement aux intérêts des époux eux-mêmes. « Fortune de l'union conjugale, la communauté doit avoir les risques, mais aussi les profits des opérations pour lesquelles elle fournit des deniers » (7). La possibilité pour les époux de se constituer selon leurs désirs des biens personnels ne servirait que les intérêts égoïstes des conjoints. L'époux bénéficiaire de l'acquisition réaliserait à tout coup un gain, car même si, par hasard, l'acquisition se révélait désastreuse, la récompense due à la communauté serait équivalente à la seule valeur du bien acquis et pourrait ainsi être inférieure aux deniers déboursés par la communauté. Si, au contraire, le bien acquis augmentait de valeur, et c'est ce qui se produira le plus souvent en période de dépréciation monétaire, seul l'époux acquéreur bénéficierait de l'opération, car la récompense due à la communauté serait égale à la valeur des deniers empruntés.

En outre, la communauté implique la mise en commun de tous les revenus des biens des époux dans un but bien déterminé : subvenir aux charges du ménage. S'il était permis aux conjoints de lui emprunter des deniers pour se constituer des propres, elle se trouverait peu à peu vidée de ses ressources et, dès lors, il lui serait impossible d'assurer la charge des obligations qui lui sont dévolues. Le ménage tout entier en souffrirait et le fondement même du régime s'en trouverait profondément altéré.

Une telle solution porterait préjudice aux créanciers de la communauté, qui n'auraient qu'un gage de plus en plus réduit. Les tiers qui contractent avec le mari comptent pouvoir poursuivre les biens de celui-ci, mais aussi les biens de la communauté, et il suffirait aux époux de s'entendre et de donner aux acquisitions réalisées pendant le mariage le caractère de biens personnels de la femme pour porter atteinte aux droits des créanciers de la communauté. En raison des risques qu'ils assumeraient, les tiers consentiraient alors difficilement à traiter avec les époux qui se trouveraient être les premières victimes d'une règle qui, *a priori*, semblait de nature à sauvegarder leur intérêt personnel.

(7) Note DURAND sous Cass. civ., 18 décembre 1935, au S. 1937-I-57.

D'ailleurs, fatalement, à la dissolution de la communauté, l'un des deux conjoints se trouverait lésé; l'époux qui n'a pas bénéficié de l'acquisition n'aurait droit qu'à la valeur de la moitié des deniers empruntés à la communauté et ne pourrait ainsi bénéficier des plus-values acquises par le bien au cours du mariage. Ce déséquilibre se produirait le plus souvent au détriment de la femme, car le mari, chef de la communauté, dispose de plus de facilités pour puiser dans la caisse commune, et ce n'est que rarement en pratique que la femme pourrait réaliser des acquisitions.

Toutes ces raisons obligent à admettre le principe du caractère commun des acquisitions réalisées à titre onéreux pendant le mariage par les époux. Ce principe est d'ailleurs reconnu par la majorité de la doctrine (8), et la jurisprudence en fait une application constante (9).

II. — Application du principe aux acquisitions réalisées par la femme commune en biens.

110. — Les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ayant accordé à la femme mariée la pleine capacité, il semble donc que toutes les acquisitions à titre onéreux que la femme commune en biens est susceptible de réaliser doivent profiter à la communauté. Cependant, comme le remarque M. Fréjaville (10),

(8) BAUDRY-LACANTINIERE, LECOURTOIS et SURVILLE, *Du contrat de mariage*, T. I, n° 313 et 314; GUILLOUARD, *Du contrat de mariage*, T. III, n° 1463 et 1464; LAURENT, T. XX, n° 259; RODIÈRE et PONT, *Du contrat de mariage*, n° 499; AUBRY et RAU, par ESMEIN, T. VIII, § 507, texte et note 37-4; PLANIOL, T. VIII, par NAST, n° 410; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 195; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 321; Louis DOC, *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de la communauté*, thèse Poitiers, 1903, p. 56; André PITEUX, *De la défense pour les époux de se constituer arbitrairement des propres pendant la communauté*, thèse Paris, 1908, pp. 21 et suiv.; Jean PERROT, *La création d'actions nouvelles lors d'une augmentation de capital et le régime de la communauté réduite aux acquêts*, thèse Paris, 1948, n° 70 et suiv.; note LABBÉ sous Cass. civ., 12 février et 19 mars 1877, S. 1877-I-397; note Alex WEILL sous Trib. civ. Limoges, 18 octobre 1946, D. 1947-440; note Pierre RAYNAUD sous Douai, 26 janvier 1948, S. 1949-II-1.

(9) Cass. civ., 22 mars 1853, D. 1853-I-102, S. 1853-I-467; Cass. civ., 20 mai 1873, D. 1874-I-72, S. 1873-I-339, concl. BLANCHE; Cass. civ., 12 février et 19 mars 1877, S. 1877-I-397, note LABBÉ; Cass. civ., 19 décembre 1894, D. 1895-I-310; Montpellier, 25 novembre 1901, S. 1902-II-47; Cass. civ., 5 mai 1905, S. 1906-I-195, D. 1907-I-316; Cass. civ., 27 juin 1912, S. 1913-I-12; Cass. req., 13 décembre 1921, D. 1923-I-62; Paris, 27 février 1933, G.P. 1935-I-14; Cass. civ., 8 décembre 1935, D.P. 1936-I-133, D.H. 1936-33; Cass. civ., 7 mars 1938, D.H. 1938-260; Cass. civ., 6 octobre 1941, D.A. 1942-33; Trib. civ. Limoges, 18 octobre 1946, D. 1947-440, note Alex WEILL; Douai, 26 janvier 1948, S. 1949-II-1, note Pierre RAYNAUD; Agen, 21 juin 1950, J.C.P. 1951-II-6326; Trib. civ. Metz, 22 mars 1951, *Rev. Als.-Lorr.*, 1952-93; Montpellier, 12 décembre 1951, G.P. 1952-I-134; Lyon, 31 mars 1952, *La Loi*, 14 novembre 1952.

(10) FRÉJAVILLE, « Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours du mari », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, pp. 226-227, n° 5.

« il y a pourtant une raison d'en douter ». En effet, le principe de l'entrée en communauté des acquisitions à titre onéreux effectuées pendant le mariage s'expliquait facilement lorsque la femme était une incapable. Toute acquisition ne pouvait être réalisée que par le mari ou tout au moins avec son autorisation. Il était normal que le bien acquis, payé avec des deniers communs, fasse partie de l'actif de la communauté. Il y avait corrélation entre l'actif et le passif, car si la communauté profitait de l'acquisition, elle devait, en contrepartie, acquitter le paiement du prix. Au contraire, depuis les lois de 1938 et de 1942, la femme commune en biens, si elle a une capacité générale qui lui permet, en principe, d'accomplir n'importe quel acte, est toujours sans pouvoirs à l'effet d'obliger personnellement la communauté. Dès lors, si l'on admet que le bien acquis à titre onéreux par une femme commune en biens fait partie de la masse commune, la corrélation entre l'actif et le passif n'existe plus. La communauté s'enrichira à chaque acquisition réalisée par la femme, mais elle n'aura pas à en payer le prix qui constituera une dette personnelle de la femme. Aussi « un interprète audacieux ne commettrait peut-être pas une hérésie juridique en soutenant que les articles 1401, alinéa 3, et 1498, alinéa 2, ne peuvent s'appliquer aux acquisitions réalisées par la femme seule. Les raisons fondamentales des solutions établies par ces textes font défaut. *Cessante ratione legis cessat lex* » (11).

Il faut d'ailleurs remarquer que les articles 1401, alinéa 3, et 1498, alinéa 2, ne seraient pas les seuls textes maintenus par la loi du 22 septembre 1942 qui soient incompatibles avec la capacité reconnue à la femme mariée. Des auteurs (12) ont soutenu l'abrogation implicite de l'article 1450 du Code civil qui prévoit l'autorisation du mari ou de la justice pour les aliénations d'immeubles par la femme séparée de biens. De même ici pourrait-on soutenir que les articles 1401, alinéa 3, et 1498, alinéa 2, ayant été écrits à une époque où la femme commune en biens était incapable, ne peuvent s'appliquer qu'aux acquisitions réalisées par le mari, chef de la communauté; celles qui seraient effectuées par la femme ne rentreraient pas dans les prévisions de ces articles et devraient, par conséquent, accroître son patrimoine personnel.

111. — Cependant, là encore, les principes du régime de communauté commandent l'entrée dans l'actif commun de toute acquisition, qu'elle soit réalisée par le mari ou par la femme. Il ne serait pas juste que celle-ci puisse indéfiniment augmenter son

(11) FRÉJAVILLE, *ibid.*

(12) COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 632; ESMEIN, « Les modifications aux droits des gens mariés par la loi du 22 septembre 1942 », G.P. 1942-II, Doctr., pp. 45 et suiv.; sur cette question, voir FRÉJAVILLE, « Un texte à abroger : l'article 1450 du Code civil », au D. 1945, Chron., pp. 45 et suiv.

patrimoine personnel alors que le mari ne pourrait acquérir qu'au profit de la communauté. Certes, ces difficultés d'interprétation montrent que les lois de 1938 et de 1942 n'ont pas su harmoniser la capacité nouvellement reconnue à la femme avec le régime de communauté, mais ce n'est pas une raison pour admettre, en présence de textes aussi formels que les articles 1401 et 1498, une exception qui n'est aucunement justifiée. La communauté, comportant la mise en commun de tous les gains et économies des époux, doit de même comprendre toutes les acquisitions à titre onéreux réalisées par eux « ensemble ou séparément ». Si une réforme du régime légal est nécessaire à propos des acquisitions, elle ne doit cependant pas tendre à donner à la femme un statut particulier, mais seulement à rétablir une corrélation entre l'actif et le passif. Il serait, en effet, normal que la communauté qui s'enrichit d'un nouveau bien supporte la charge correspondante. Mais, en l'état actuel des textes, il faut décider qu'en principe toute acquisition réalisée à titre onéreux par la femme commune en biens vient accroître l'actif commun (13).

III. — Pouvoirs de la femme commune en biens à l'effet d'acquérir des biens communs.

112. — Sous l'empire du Code civil de 1804, la femme mariée, étant incapable, ne pouvait acquérir un bien sans l'autorisation de son mari. Bien que les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 aient accordé à la femme la pleine capacité civile, les règles du régime de communauté risquent de rendre cette capacité théorique et d'interdire à la femme de réaliser des acquisitions destinées à grossir la masse commune; en effet, ces lois n'ont pas touché aux pouvoirs du mari qui seul a qualité, en principe, pour agir sur la composition du patrimoine commun. Dès lors, la femme commune en biens qui désire procéder à une acquisition devrait, comme auparavant, se munir au préalable du consentement du mari ou, à défaut, recourir à l'habilitation judiciaire; elle ne saurait obliger le mari à accepter un bien commun, comme le mari ne peut imposer à la femme l'acquisition d'un bien propre (art. 1435 C. civ.) (14).

(13) Pierre VOIRIN, « Le sort et les effets des acquisitions réalisées par la femme commune en biens sans l'intervention de son mari », J.C.P. 1944-I, éd. Not. 395, n° 12; FRÉJAVILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 227, n° 5; observations LACARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 739, n° 11; note KAYSER sous Agen, 21 juin 1950, J.C.P. 1951-II-6326; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 260¹.

(14) Note NAST au D.P. 1939-II-77, col. 1; Trib. civ. Seine, 4 juillet 1941, J.C.P. 1941-II-735, note Jean BRUNET; Trib. civ. Avesnes, 10 décembre 1942, *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26116, et la note anonyme sous cet arrêt; Ginette DEROZIER, *De la représentation entre époux d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse Bordeaux, 1945, p. 102.

113. — En réalité, il faut reconnaître à la femme la possibilité d'augmenter le patrimoine commun de son propre chef, par des acquisitions réalisées à titre onéreux pendant le mariage (15). Il est faux de dire que la femme ne peut réaliser seule des acquisitions communes; depuis les lois de 1938 et de 1942, elle peut accepter seule une succession ou une donation; or, sous le régime de la communauté légale, les meubles ainsi échus à la femme font partie de la masse commune. De même encore, si la femme commune exerce une profession séparée, les acquisitions qu'elle peut réaliser sont, certes, des biens réservés soumis à son administration et à sa jouissance, mais cela n'empêche pas qu'ils fassent partie de la masse commune (art. 226, al. 2, C. civ.). Ces exemples montrent bien que la communauté peut être enrichie du chef de la femme agissant seule.

Il importe d'ailleurs de remarquer qu'une acquisition à titre onéreux effectuée par la femme soulève moins d'objections qu'une acquisition à titre gratuit; une donation peut avoir une cause douteuse et suspecte et, pourtant, l'article 934 du Code civil ayant été abrogé, le mari est obligé d'accepter qu'une telle donation vienne grossir le patrimoine commun, si son actif doit entrer en communauté. Il n'en serait autrement que si la cause de la donation était nettement immorale, ce qui l'autoriserait à en demander l'annulation.

SECTION II

CONSÉQUENCES PRATIQUES DE L'ACQUISITION

114. — Il ne suffit pas d'affirmer que les principes nouveaux contenus dans les lois de 1938 et de 1942 permettent à la femme commune en biens d'acquérir des biens communs, il faut aussi rechercher si pratiquement une telle acquisition est possible. La capacité de la femme mariée ne sera effective que si elle dispose de moyens financiers lui permettant de payer le prix de son acqui-

(15) VOIRIN, *op. cit.*, n° 12; FRÉJAVILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 227, n° 5; observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 739, n° 11; Raoul MICHENET, « La situation juridique de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942 », J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722, n° 30; Charlotte BILLION, *La capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938 et son influence sur les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1939, p. 29; Trib. civ. Valognes, 8 mars 1939, G.P. 1939-II-22; Trib. civ. Seine, 23 mars 1941, D.A. 1941, p. 267; Cour d'appel Montpellier, 17 octobre 1945, G.P. 1945-II-189.

Cependant, cette faculté accordée à la femme d'accroître le patrimoine commun ne doit pas lui permettre d'annihiler les actes passés par le mari sur la communauté. Ainsi la surenchère du sixième portée par elle sur le prix de vente d'un fonds de commerce commun vendu par le mari doit être déclarée irrecevable, comme portant directement atteinte aux droits de celui-ci comme chef de la communauté (Trib. com. Saint-Etienne, 11 février 1954, G.P. 1954-I-318).

sition; sinon, aucun vendeur ne consentira à lui céder son droit de propriété et les lois de 1938 et de 1942 n'auront entraîné qu'un changement théorique dans la condition de la femme mariée.

Cette question de l'obligation au paiement du prix a pour corollaire un problème de contribution. A la dissolution du régime, le patrimoine commun qui s'est enrichi de l'acquisition devra une récompense à l'époux qui a effectué le paiement du prix. Les conséquences d'une acquisition réalisée à titre onéreux par la femme seule se manifestent donc sur deux plans distincts : tout d'abord dans les rapports des époux avec le vendeur, puis dans les rapports des époux entre eux.

I. — L'obligation au paiement du prix.

A. — ACTION DU VENDEUR CONTRE LA FEMME.

115. — Il est pratiquement impossible à la femme commune en biens de payer directement le prix de son acquisition, car elle ne dispose pas du maniement des deniers qui, étant des meubles fongibles et consommables par le premier usage, font partie des biens communs soumis aux pouvoirs exclusifs du mari. Elle ne peut, en règle générale, manier les deniers communs que par représentation de son mari, notamment en vertu du pouvoir légal de représentation qui lui est octroyé par l'article 220 du Code civil pour les dépenses nécessitées par les besoins du ménage.

Bien que les termes « besoins du ménage » soient imprécis, il ne semble pas qu'ils puissent englober toutes les acquisitions communes réalisées par la femme mariée. Dans les pouvoirs ménagers de la femme mariée (16) rentrent toutes les dépenses relatives à l'entretien du ménage, que ces dépenses aient un caractère alimentaire et vestimentaire, ou même qu'elles permettent à la femme de se procurer des fournitures de toilette et des parures (17). La plupart des décisions de jurisprudence incluent aussi dans les pouvoirs ménagers le paiement des frais médicaux (18).

Au cas de séparation de fait entre les époux, les tribunaux élargissent encore la notion de « besoins du ménage » en permettant, par exemple, à la femme de louer un appartement (19) ou de

(16) Sur cette question, voir Jacques BOUTARD, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse Caen, 1946, pp. 133 et suiv.

(17) Aix, 3 mars 1887, sous Cass. civ., 16 juillet 1889, D. 1891-I-158; Paris, 8 juillet 1925, D.P. 1926-II-77; Trib. civ. Seine, 12 octobre 1932, *Gaz. Trib.*, 1932-II-234; Paris, 31 janvier 1935, G.P. 1935-I-528.

(18) Trib. civ. Seine, 14 décembre 1923, *Gaz. Trib.*, 9 novembre 1924; Cass., ch. soc., 27 janvier 1939, D.H. 1939-199; *contra* : Trib. civ. Beaune, 28 juillet 1931, S. 1932-II-109.

(19) Paris, 9 juin 1858, S. 1859-II-755; Trib. civ. Rennes, 12 juillet 1911, G.P. 1911-II-457; *contra* : Trib. civ. Abbeville, 17 janvier 1933, S. 1933-II-211; Paris, 31 janvier 1946, J.C.P. 1946-II-3038; Amiens, 3 février 1954, D. 1954-318.

contracter un engagement nouveau relatif à une dette ancienne (20). Ils ont admis aussi que la femme séparée de fait pouvait céder une créance en vue de se procurer l'argent qui lui était nécessaire pour vivre (21), vendre des meubles communs dans le même but (22) ou faire des placements (23).

Mais les pouvoirs ménagers de la femme mariée ne sauraient l'autoriser à se substituer au mari dans la gestion du patrimoine commun. Ainsi la Cour de cassation n'a pas admis que l'acceptation d'une traite pour une dette qui n'a pas un caractère strictement ménager (24) rentre dans les pouvoirs de la femme, non plus que les opérations de Bourse (25).

« Toute femme mariée a, du seul fait de son mariage, le pouvoir d'engager le mari et, le cas échéant, la communauté, par tous les actes qui rentrent dans sa mission de maîtresse de maison. en tant que mère et épouse » (26). Mais les pouvoirs ménagers se limitent aux actes ordinaires que peut accomplir une maîtresse de maison et n'autorisent pas la femme commune en biens à disposer de l'argent commun pour payer une acquisition immobilière. Si la femme payait une telle acquisition avec les deniers qu'elle a entre les mains pour les dépenses ménagères, le mari serait en droit de se retourner contre le vendeur pour obtenir la restitution du prix.

116. — N'ayant pas la possibilité de se faire payer directement par la femme commune en biens, le vendeur n'est cependant pas dépourvu de tout moyen d'action. La femme étant sa débitrice personnelle, il peut, selon les auteurs et la jurisprudence (27), saisir, tant que dure le mariage, la « nue-propriété » de ses biens personnels. Cette garantie est assez illusoire, car elle suppose que la femme possède des propres assez importants, et, même en ce cas, le vendeur hésitera à agir, car la vente d'une « nue-propriété » est toujours aléatoire, peu d'acquéreurs se contentant d'un droit

(20) Cass. req., 1^{er} mai 1929, G.P. 1929-II-81.

(21) Cass., 24 décembre 1917, S. 1920-I-65, note NAQUET.

(22) Cass. req., 1^{er} mai 1929, G.P. 1929-II-81.

(23) Paris, 9 décembre 1895, D. 1896-II-134.

(24) Lorsqu'il s'agit de dettes ménagères, la femme peut procéder à un emprunt ou endosser un billet : Cass. civ., 21 février 1872, D. 1873-I-63; Agen, 1^{er} juin 1904, D. 1907-II-53; Cass. civ., 27 juin 1922, D. 1922-I-200.

(25) Amiens, 5 août 1908, *La Loi*, 13 janvier 1909; Cass. civ., 29 janvier 1930, S. 1931-I-320; Cass. req., 30 mai 1932, S. 1933-I-217, note GUYOT; *contra* : Paris, 23 novembre 1932, D. 1934-II-97.

(26) Jacques BOUTARD, *op. cit.*, p. 168.

(27) Trib. civ. Valognes, 8 mars 1939, G.P. 1939-II-22; observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 739, n° 11; Pierre VOIRIN, « Le sort et les effets des acquisitions réalisées par la femme commune en biens sans l'intervention de son mari », J.C.P. 1944, éd. Not. 395, n° 15; FRÉJAVILLE, « Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours de son mari », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 228, n° 7.

si réduit. Aussi, la plupart du temps, il préférera attendre la dissolution de la communauté, ce qui lui permettra de saisir la pleine propriété des biens de sa débitrice. Il pourra, dans cette éventualité, demander à la femme des garanties, et notamment la subrogation dans son hypothèque légale. Ordinairement, une telle subrogation a lieu au bénéfice du mari, mais, dès avant 1938, la jurisprudence en admettait la possibilité au profit d'un de ses créanciers personnels (28). Le décret du 4 janvier 1955 a réduit considérablement le champ d'application de cette garantie en exigeant pour son efficacité une inscription préalable. En pratique, cette inscription sera rarement effectuée car, surtout sous le régime de la communauté, les femmes ont l'habitude de laisser la gestion de leurs intérêts personnels au mari qui n'a aucun intérêt à réduire son crédit personnel par l'inscription d'une hypothèque sur les immeubles qui lui appartiennent.

Pour nous, qui repoussons l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit, il ne fait pas de doute que l'acquéreur puisse saisir la pleine propriété des propres de la femme. Il apparaît, cependant, contraire à la logique de faire supporter le prix d'acquisition à un autre patrimoine que celui qui s'est enrichi. L'équité exige que ce soit le patrimoine commun bénéficiaire de l'acquisition qui supporte le paiement du prix.

B. — ACTION DU VENDEUR CONTRE LE PATRIMOINE COMMUN.

117. — L'octroi d'une action au vendeur contre la communauté heurte, cependant, directement les principes qui régissent le régime légal. Aux termes de l'article 1421 du Code civil, le mari est le chef de la communauté et lui seul a qualité pour agir sur la composition de ce patrimoine. Les lois de 1938 et de 1942 ayant reconnu à la femme la capacité d'acquérir au bénéfice de la communauté, deux intérêts différents se trouvent en conflit. Tout d'abord, le vendeur, ayant effectué sa prestation, est en droit d'exiger la prestation correspondante. A l'opposé, les règles du régime de communauté imposent la reconnaissance d'un chef à la société conjugale. Permettre au vendeur de se retourner contre la communauté, équivaut à anéantir les prérogatives du mari; c'est substituer l'anarchie à la bonne direction des affaires communes; c'est obliger le mari à payer un bien qui peut n'être d'aucune utilité pour le ménage; en un mot, c'est introduire dans le régime de communauté, à propos des acquisitions, la tendance séparatiste.

Aussi le droit actuel du régime légal ne reconnaît pas au vendeur la possibilité de se faire payer directement en agissant contre la communauté. Là encore, il n'a à sa disposition que des moyens détournés qui lui permettront soit de rentrer en possession du bien aliéné, soit de toucher la valeur correspondant à

(28) PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, T. XIII, par BECQUÉ, n° 1374; Toulouse, 29 février 1892, D. 1892-II-277.

l'enrichissement de la communauté. Rarement ces moyens aboutiront au paiement de la totalité du prix que la femme avait pu consentir dans l'acte de vente.

118. — Comme tout vendeur, le tiers qui a traité avec la femme est titulaire d'un privilège qui lui confère droit de préférence et droit de suite sur l'immeuble aliéné. Avant le décret du 4 janvier 1955, ce privilège était conservé par la simple transcription de l'acte de vente. Le conservateur était tenu de prendre l'inscription d'office, en vertu de l'ancien article 2108 du Code civil. Désormais, le vendeur (ou le tiers qui aurait prêté à la femme les deniers nécessaires à l'acquisition) doit veiller lui-même à l'inscription de son privilège, inscription qui doit être effectuée dans un délai de deux mois pour la conservation tant du droit de préférence que du droit de suite. Jusqu'à l'expiration de ce délai de deux mois à compter de l'acte de vente, le privilège du vendeur ou du prêteur de deniers pourra être utilement inscrit nonobstant toute publication de mutation opérée au profit d'un tiers par le chef de la communauté. Mais, une fois ce délai écoulé sans que l'inscription ait été prise, le privilège dégénère en une hypothèque dont l'inscription, si elle peut encore être prise, n'a d'effet qu'à sa date. Cette réforme de la publicité aboutit, en fait, à une réduction des garanties du vendeur d'un immeuble à la femme, car le privilège disparaît en cas de faillite du chef de la communauté. Le vendeur pourra être facilement lésé si les époux vivent séparés et s'il n'a pas connaissance de la mauvaise situation financière du mari.

119. — Outre son privilège, le vendeur dispose encore de l'action résolutoire pour non-paiement du prix. Mais, aux termes du second alinéa du nouvel article 2108 du Code civil : « L'action résolutoire établie par l'article 1654 du Code civil ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur ou à défaut d'inscription de ce privilège dans le délai imparti, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui les ont publiés. » Ce texte maintient le lien établi par la loi du 23 mars 1855 (art. 7) entre le sort du privilège et celui de l'action résolutoire. Mais il ne faut pas oublier que le privilège étant désormais soumis à des conditions plus rigoureuses, par voie de conséquence, la conservation de l'action résolutoire est rendue plus difficile.

A propos de l'exercice de cette action, une difficulté est d'ailleurs susceptible d'apparaître si le bien vendu est un meuble corporel. Le mari, en invoquant l'article 2279 du Code civil, ne serait-il pas en droit de repousser l'action résolutoire du vendeur ? D'après M. Fréjaville (29), « il est certain que le seul fait que le prix n'ait pas été payé par la femme ne suffit pas à rendre le

(29) FRÉJAVILLE, *ibid.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 228, n° 7, note 2.

mari de mauvaise foi, alors surtout que la femme demeure obligée sur ses biens personnels ». En réalité, cette affirmation ne peut être approuvée, car le chef de la communauté est nécessairement au courant de l'acquisition réalisée par son conjoint, puisqu'elle est venue accroître l'actif commun. Dans un ménage où les époux vivent en bonne intelligence, le mari sait fort bien si le prix d'acquisition a été payé et, si les époux vivent séparés, il a commis une faute en appréhendant un bien sans se préoccuper des conditions de son acquisition. Dans les deux cas, sa mauvaise foi est évidente et rend impossible l'application de l'article 2279. Quelle que soit la qualité du bien aliéné, le vendeur a la possibilité d'exercer l'action résolutoire (30).

Cette action doit être exercée contre la femme, mais une fois la résolution prononcée, le vendeur peut revendiquer le bien entre les mains du mari. Si la résolution est accordée avec l'octroi de dommages-intérêts, ceux-ci devront être à la charge exclusive de la femme qui n'engage pas la communauté par ses actes. « L'opération est blanche pour la communauté qui, n'étant pas enrichie, ne devra pas de récompense; mais elle est ruineuse pour la femme, puisqu'elle se solde par une dette de dommages-intérêts dont la « nue-propriété » des propres de la débitrice fera les frais » (31).

120. — Avant d'intenter cette ultime voie de droit, le vendeur cherchera, en général, à donner plein effet au contrat passé avec la femme commune en biens. Pour cela, il dispose de l'action de *in rem verso* contre la communauté qui s'est enrichie de l'acquisition (32). Sous l'empire du Code civil de 1804, en cas de séparation de fait entre époux, les auteurs et la jurisprudence (33) recon-

(30) FRÉJAVILLE, LAGARDE, VOIRIN, *op. cit.*; Trib. civ. Valognes, 8 mars 1939, G.P. 1939-II-22.

(31) VOIRIN, *op. cit.*, n° 15 *in fine*.

(32) FRÉJAVILLE, *op. cit.*, pp. 228-229, n° 7.

(33) H. LOUBERS, « De l'obligation du mari vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec sa femme séparée de fait », *Rev. gén. dr.*, 1910, pp. 14 et suiv.; André DAURIAC, *Influence de la séparation de fait sur la condition juridique de la femme mariée*, thèse Paris, 1924, pp. 231 et suiv.; Louis PELLET, *La femme séparée de fait et les tiers*, thèse Lyon, 1928, pp. 157 et suiv.; Pierre MOLINIÉ, *La situation juridique de la femme abandonnée de son mari*, thèse Paris, 1935, pp. 91 et suiv.; Henry ECAL, *La séparation de fait entre époux, ses conséquences à l'égard du ménage et des tiers*, thèse Grenoble, 1939, pp. 142 et suiv.; PLANIOL et RIPERT, T. II, *La famille*, par ROUAST, n° 396, T. VIII, *Régimes matrimoniaux*, par NAST, nos 334 et 350; ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence », *Rev. trim. dr. civ.*, 1922, p. 47; Rennes, 26 août 1820, D., Rép. Rat., V° C. de m., n° 1014; Cass. civ., 3 février 1830, S. 1830-I-136; Cass. civ., 12 janvier 1874, D. 1874-I-153, S. 1874-I-305; Besançon, 15 juillet 1874, D. 1874-II-219; Poitiers, 23 décembre 1889, D. 1890-II-360; Trib. civ. Seine, 14 mars 1889, D. 1891-II-259; Trib. civ. Seine, 11 mai 1892, G.P. 1892-I-782; Paris, 30 novembre 1899, D. 1900-II-105; Poitiers, 2 décembre 1907, D. 1908-II-332; Dijon, 7 février 1928, D. 1928-II-169, note VOIRIN; Trib. civ. Seine, 27 avril 1931, D.P. 1931-II-374; Cass. req., 30 novembre 1937, S. 1938-I-177, note VIALLETON.

naissaient aux tiers qui avaient passé avec la femme des contrats de fourniture, le droit de poursuivre la communauté pour le montant de l'enrichissement qui lui était ainsi procuré. La séparation de fait ne mettant pas fin à l'obligation d'entretien du mari, les tiers qui acceptaient de livrer des fournitures à la femme, acquittaient l'obligation qui incombait au mari. Pour déterminer si l'action était recevable, la jurisprudence, en général, ne tenait pas compte de la volonté du mari nettement exprimée d'empêcher les tiers de contracter avec sa femme, car, bien que le mandat tacite ait été révoqué, l'obligation d'entretien n'en subsistait pas moins.

C'est ce qui a été jugé dans le procès fameux de la dame de Chanay. La Cour de Dijon (34) avait cru devoir, malgré la volonté formelle et répétée du mari, maintenir le mandat domestique. La Cour de cassation (35) réforma cette décision en réservant la possibilité d'une condamnation du chef de la communauté au paiement des fournitures « si, en l'absence de tout mandat tacite, il en a tiré un profit personnel, c'est-à-dire l'exonération pour tout ou partie de l'obligation que la loi lui impose de subvenir aux besoins du ménage ». Sur renvoi, la Cour de Besançon (36) admit la possibilité d'un tel recours.

Les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ayant reconnu à la femme la pleine capacité civile, le champ d'application de l'enrichissement sans cause sous le régime de la communauté doit se trouver considérablement accru. Toutes les fois qu'un acte accompli par la femme aura profité à la communauté, les tiers pourront agir contre celle-ci dans la limite de son enrichissement (37). Cependant, l'action de *in rem verso* ne peut avoir un champ d'application illimité en raison de son caractère subsidiaire (38). Les tiers ne peuvent l'utiliser qu'à défaut de toute autre voie de droit susceptible de leur donner satisfaction. Une autre limite à son application réside dans le fait que les tiers ne peuvent réclamer à la communauté que le montant de l'enrichissement réalisé. Certes, il arrivera souvent, surtout en période de dépréciation monétaire et si l'acquisition se révèle avantageuse, que celui-ci soit égal au montant du prix stipulé dans l'acte de vente, mais il se peut que le vendeur ne puisse, par cette voie de droit, réclamer qu'une partie de ce à quoi il a droit.

(34) Dijon, 11 juillet 1872, sous Cass., 12 janvier 1874, D. 1874-I-153.

(35) Cass., 12 janvier 1874, préc.

(36) Besançon, 15 juillet 1874, D. 1874-II-219.

(37) COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 294 et 301.

(38) Sur ce caractère subsidiaire de l'action de *in rem verso*, voir : ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence », *Rev. trim. dr. civ.*, 1922, p. 82; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, § 47.

121. — Aussi pourrait-on songer à accorder au vendeur l'action de gestion d'affaires (39). Cette action est plus avantageuse que l'action *de in rem verso* car elle permet de réclamer toute dépense utile, même si cette dépense est supérieure à l'enrichissement réalisé. Avant 1938, au sujet des dépenses ménagères de la femme séparée de fait, certaines juridictions ont considéré que le tiers qui se substituait au mari pour subvenir aux besoins de la femme était un « *negotiorum gestor* » et pouvait obtenir à ce titre le remboursement de ses dépenses. La Cour de Besançon, dans la fameuse affaire de Chanay, condamna le mari à rembourser le tiers qui avait avancé de l'argent à sa femme en se fondant sur l'enrichissement injuste mais aussi en admettant le quasi-contrat de gestion d'affaires : « Considérant que de Chanay n'a pas rempli vis-à-vis de sa femme les obligations que lui imposaient les articles 212, 213 et 214 du Code civil; que Collet, au contraire, les a accomplies en son lieu et place; qu'il est fondé à agir contre de Chanay en vertu du quasi-contrat de gestion d'affaires dans les termes et sous les conditions de l'article 1375 du Code civil » (40).

En réalité, comme le remarque M. Boutard (41), « cette jurisprudence aboutit à modifier complètement la gestion d'affaires, celle-ci devenant une institution objective à fondement non plus intentionnel mais légal ». On ne peut faire appel à la gestion d'affaires qu'en la faisant sortir de son cadre normal. Elle suppose l'intention de gérer pour le compte d'autrui. Les tiers qui font des fournitures à la femme séparée de fait aussi bien que ceux qui passent des contrats de vente avec la femme commune en biens n'ont pas cette intention (42). Ils savent que seul le mari, aux termes de l'article 1421 du Code civil, a la direction des affaires communes.

Si la gestion d'affaires est susceptible de s'appliquer à certaines acquisitions, c'est à condition de considérer la femme et non le vendeur comme gérant. D'après l'article 219, alinéa 3, du Code civil : « A défaut de pouvoir légal, de mandat ou d'habilitation par justice, les actes faits par un époux en représentation de l'autre, sans pouvoir de celui-ci, ont effet à l'égard de ce dernier dans la mesure déterminée par l'article 1375. » Alors qu'avant 1942, la femme ne pouvait pratiquement faire aucun acte sur la commu-

(39) Sur cette question, voir FRÉJAVILLE, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 229, n° 8.

(40) Besançon, 15 juillet 1874, D. 1874-II-219, S. 1875-II-9; en ce sens : Henry ECAL, *La séparation de fait entre époux*, thèse Grenoble, 1939, p. 145.

(41) Jacques BOUTARD, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse Caen, 1946, p. 59.

(42) Sur les dépenses ménagères de la femme séparée de fait, en ce sens : Louis PELLET, thèse préc., p. 163; Pierre MOLINIÉ, thèse préc., p. 92, note 1; sur les acquisitions réalisées par la femme commune en biens : FRÉJAVILLE, article préc., n° 8.

nauté, désormais la voie est ouverte à une plus grande association des époux dans la bonne marche des affaires du ménage. L'article 219, alinéa 3, est susceptible d'accroître sensiblement les pouvoirs de la femme sous le régime légal, mais, pour cela, il ne faut pas limiter la gestion d'affaires aux seuls actes d'administration. La jurisprudence et une partie de la doctrine admettent qu'elle peut s'appliquer à des actes de disposition et à des actes matériels (43). Aussi est-ce à tort que certains jugements rendus depuis 1942 ont limité son application entre époux aux actes d'administration (44) ou aux actes d'aliénation présentant un caractère nettement conservatoire (45). Limiter ainsi le champ d'application de la gestion d'affaires revient à la rendre d'aucune utilité pour la femme qui, de par l'article 220 du Code civil, peut déjà accomplir de nombreux actes d'administration présentant un caractère ménager. En conséquence, la Cour de cassation, le 13 février 1952 (46), a admis la validité du congé donné par la femme d'un locataire commerçant alors que celui-ci était, en raison de son état de santé, dans l'impossibilité de continuer l'exploitation de son fonds de commerce et qu'il avait lui-même annoncé son intention de mettre fin au bail et de liquider le fonds. En vertu des mêmes principes, la Cour de Nancy, le 25 mars 1947 (47), a validé l'accord intervenu entre la femme d'un prisonnier de guerre et un tiers pour tenter l'évasion du mari d'un camp de prisonnier en Allemagne et a condamné le mari solidairement avec sa femme au paiement de la somme promise. Enfin, le Tribunal civil de Metz, le 4 juillet 1947 (48), a justifié une vente de meubles appartenant à la communauté par la femme en vertu des règles de la gestion d'affaires.

(43) Cass. civ., 18 juin 1872, D. 1872-I-471; Cass. req., 8 juillet 1873, D. 1874-I-172; Besançon, 15 juillet 1874, S. 1875-II-9; Cass. req., 29 février 1876, D. 1876-I-382, S. 1876-I-215; Cass. civ., 21 mai 1890, S. 1891-I-81, note BOURCAT; Cass. req., 16 juillet 1890, D. 1891-I-49, note PLANIOL; Cass. req., 10 janvier 1910, S. 1912-I-158; Cass. req., 28 février 1910, D. 1911-I-137, note DUPUICH; Cass. req., 26 octobre 1910, S. 1912-I-337, note LOUBERS; Cass. req., 20 décembre 1910, D. 1911-I-377, note PLANIOL, S. 1912-I-305, note NAQUET; Trib. Termonde, 18 janvier 1936, S. 1937-IV-24; Cass. civ., 28 octobre 1942, D.C. 1943-29, note P.L.P.; Chambéry, 12 juillet 1943, D.A. 1943-83; Lyon, 17 juin 1946, *Mon. jud. Lyon*, 1^{er} juillet 1947, G.P. 1947-I, Tables, p. 49; Cass. civ., 17 avril 1948, G.P. 1949-I-24, S. 1949-I-52, D. 1948-394; Poitiers, 28 avril 1948, D. 1948-353; Colmar, 4 mars 1949, *Rev. Als-Lorr.*, 1949-374, G.P. 1949-II, Tables, p. 80; Cass. civ., 15 décembre 1953, *Bull. cass.*, 1953-I-304; Trib. civ. Dunkerque, 9 mars 1955, *La Loi*, 16 août 1955; Trib. civ. Lille, 28 juin 1955, G.P. 1955-II-413; PICARD, « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine », *Rev. trim. dr. civ.*, 1921, pp. 419 et suiv., 1922, pp. 5 et suiv.; GORÉ, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, thèse Paris, 1949, n° 267.

(44) Trib. paix Saumur, 2 décembre 1954, G.P. 1955-I-203.

(45) Trib. civ. Nantes, 25 octobre 1945, G.P. 1946-I-63.

(46) Cass. civ., 13 février 1952, *Bull. cass.*, 1952-I-51, *La Loi*, 11 novembre 1952.

(47) Nancy, 25 mars 1947, D. 1947, *Somm.*, 15.

(48) Trib. civ. Metz, 4 juillet 1947, G.P. 1947-I-34.

Toutes ces décisions obligent à reconnaître la possibilité pour la femme commune d'être considérée comme gérante d'affaires lors de ses acquisitions tombant en communauté.

Mais l'application de ce quasi-contrat comporte une limite naturelle qui en restreint considérablement la portée. L'initiative du gérant d'affaires doit être justifiée et l'affaire utilement gérée (49). Certains tribunaux la subordonnent même à « un certain degré de nécessité ou d'urgence » (50). Aussi, pratiquement, la gestion d'affaires au profit de la femme ne sera admise que si le mari est hors d'état d'agir lui-même et, en outre, s'il y a urgence. Et cela d'autant plus qu'il est toujours possible à la femme commune en biens de recourir à la justice avant de réaliser l'acquisition (51).

C. — LE RECOURS A LA JUSTICE SUR LA BASE DES ARTICLES 217 ET 219 DU CODE CIVIL.

122. — De l'examen des diverses actions que possède le vendeur soit contre la femme, soit contre la communauté, ressort l'insuffisance évidente des garanties accordées. Rarement, en pratique, un vendeur traitera dans ces conditions avec une femme commune en biens; il exigera toujours l'intervention du mari, intervention qui étendra considérablement son gage en lui donnant action sur les trois patrimoines du ménage. Mais il se peut que le mari refuse de donner son adhésion à l'opération que son épouse se propose de conclure ou qu'il soit hors d'état de manifester sa volonté. Dans ces conditions, le tiers ne voudra contracter que si, au préalable, la femme s'est fait autoriser ou habilitier en justice à lui garantir le paiement du prix d'acquisition par un engagement des biens communs. Un tel recours est-il possible et sur quelle base doit-elle l'intenter ?

Si le mari refuse de consentir à l'acquisition que son épouse veut réaliser, un seul recours est possible et il doit être basé sur l'article 217 du Code civil. On pourrait être tenté d'objecter (52) que ce texte vise uniquement les « actes de disposition » et que, par suite, il est inapplicable aux opérations que sont les acquisitions; mais, comme le remarque M. Voirin (53), « ce serait oublier qu'un achat se double d'un engagement correspondant et que si

(49) Cass. civ., 17 avril 1948, préc.; Cass. civ., 15 décembre 1953, préc.; Trib. civ. Dunkerque, 5 mars 1955, préc. Pour apprécier si la gestion d'affaire a été utile, il faut se placer à la date où les actes ont été accomplis : Paris, 29 mars 1946, D. 1946-227; Trib. sup. Papeete, 18 mars 1949, J.C.P. 1949-II-5206.

(50) Paris, 17 juin 1934, S. 1935-II-231.

(51) Paul ESMEIN, « Les modifications aux droits des gens mariés par la loi du 22 septembre 1942 », G.P. 1942, II, Doctr., p. 48.

(52) Note anonyme sous Trib. civ. Avesnes, 10 décembre 1942, au Rép. prat. not., 1943, art. 26116.

(53) Pierre VOIRIN, préc., J.C.P. 1944-I, éd. Not. 395, n° 22.

la femme a un pouvoir complet à l'effet d'acquérir, elle ne dispose que d'un crédit insuffisant pour s'obliger, car ses dettes n'engagent pas la communauté ».

En réalité, la possibilité de l'autorisation de justice est conditionnée par la reconnaissance d'un certain pouvoir à la femme sur le patrimoine commun. Peu importe, d'ailleurs, que cette autorisation tende simplement à procurer une augmentation de crédit en étendant le gage du vendeur, ou qu'elle vise à permettre à la femme de manier les deniers communs pour un paiement immédiat; dans les deux cas, si l'on dénie à la femme commune en biens un pouvoir virtuel sur le patrimoine commun, l'autorisation de justice basée sur l'article 217 doit être refusée (54). Mais pour ceux qui, comme nous (55), reconnaissent à la femme un pouvoir latent sur la communauté que fait apparaître l'autorisation de justice, l'article 217 est susceptible d'être invoqué pour lui permettre d'engager les biens communs au paiement du prix d'acquisition et même de payer directement le prix à l'aide des deniers qui se trouvent entre ses mains (56).

123. — Si le mari se trouve hors d'état de manifester sa volonté, la femme commune en biens peut certainement se faire autoriser sur la base de l'article 217 à régler le prix de l'acquisition puisque ce texte est applicable aussi bien au refus injustifié qu'à l'impossibilité d'exprimer sa volonté (57). Mais, en outre, un recours basé sur l'article 219 n'est-il pas possible ? Les effets de ces deux recours sont essentiellement différents : si la femme est autorisée à payer le prix d'acquisition, les trois patrimoines du ménage se trouvent engagés, celui de la femme car celle-ci est la principale débitrice, celui de la communauté du chef de la femme et, enfin, celui du mari en raison de la confusion de fait qui existe avec le patrimoine commun; si elle est habilitée sur le fondement de l'article 219, la femme agit par représentation de son mari qui, seul, est engagé et, dans ce cas, le vendeur n'a action que sur les propres du mari

(54) M. VOIRIN (préc., n°s 22 et 27) n'admet pas l'assimilation des deux hypothèses. Selon lui, l'art. 217 peut permettre à la femme d'obliger la communauté au paiement du prix, mais il ne l'autorise pas à manier directement les deniers communs. Cette distinction ne peut être acceptée, car le pouvoir d'obliger entraîne obligatoirement le pouvoir d'aliéner : FRÉJAVILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 232, n° 14; JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *J.C.P.* 1943-I-304, n° 52.

(55) Cf. les obligations contractées par la femme commune en biens.

(56) FRÉJAVILLE, préc., p. 233, n° 15; DERRIDA, « Le maniement des deniers par la femme commune en biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 474, n° 26; Angèle ROUBIER, *La représentation entre époux et la loi du 22 septembre 1942*, thèse Montpellier, 1944, p. 142; CARLES, *L'habilitation judiciaire des époux*, thèse Toulouse, 1946, p. 84; André PALEY, *Aspects nouveaux de l'intervention de justice dans le jeu des régimes matrimoniaux : les articles 217-219 du Code civil*, thèse Paris, 1948, p. 153.

(57) Trib. civ. Avesnes, 10 décembre 1942, *J.C.P.* 1943-II-2122, 2^e espèce, *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26116; André PALEY, *op. cit.*; Angèle ROUBIER, *op. cit.*

et sur le patrimoine commun. Si un tel choix était permis à la femme (58), celle-ci aurait intérêt à se prévaloir de l'article 219, ce qui laisserait ses biens personnels à l'abri de toute poursuite.

Cependant, une telle option n'est pas possible en raison de la différence des conditions d'application de ces deux textes. L'article 217 suppose un commencement de pouvoir à l'effet d'accomplir l'acte que l'époux veut entreprendre, l'article 219 est conditionné par une absence totale de pouvoir. La femme ne saurait être à la fois dépourvue de tout pouvoir à l'effet d'engager la communauté et en avoir un commencement pour ce même engagement. Dès l'instant où on lui reconnaît un pouvoir même simplement virtuel sur la communauté, seule l'autorisation de justice basée sur l'article 217 est possible. D'ailleurs, à l'appui de cette solution, un argument d'équité peut être invoqué. Il serait anormal que la femme, par son activité, engage la communauté et le mari et qu'elle-même puisse être à l'abri de toute poursuite. Cette solution, enfin, tout en étant conforme à l'intérêt du ménage, sauvegarde aussi l'intérêt des tiers car le vendeur, pour le paiement du prix, a action sur les trois patrimoines du ménage.

II. — La contribution au paiement du prix.

124. — De l'examen des divers moyens d'action que possède le vendeur, il ressort que, rarement, le patrimoine qui s'est enrichi supportera la charge correspondante. La corrélation entre l'actif et le passif n'existe que si la femme a pu agir en tant que gérante d'affaires de son mari. Si le vendeur a intenté l'action *de in rem verso*, il n'a obtenu qu'une partie du prix à moins que l'acquisition se soit révélée tellement avantageuse que l'enrichissement de la communauté ait été égal ou supérieur au prix qui devait être déboursé. Même si la femme, au préalable, a eu recours à l'autorisation de justice basée sur l'article 217, il se peut que le vendeur ait poursuivi la pleine propriété des propres de sa débitrice et il aura intérêt à le faire si sa débitrice est titulaire d'une fortune personnelle importante.

Théoriquement, le déséquilibre entre l'actif et le passif qui se produit durant le mariage, ne doit être que provisoire; à la dissolution de la communauté, il doit y avoir une corrélation étroite entre l'actif et le passif et elle est réalisée par le jeu des reprises et des récompenses. Et, pourtant, en cas d'acquisition réalisée par la femme commune en biens au profit de la communauté, le rétablissement de la proportionnalité est illusoire; dans tous les cas, la femme est perdante.

(58) VOIRIN, article préc., J.C.P. 1944-I-395, n° 22; FRÉJAVILLE, article préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 233, n° 16; DERRIDA, article préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, n°s 9 et 26; CARLES, *op. cit.*, pp. 84-85.

Tout d'abord, si le bien a acquis au cours du mariage une plus-value, en vertu de la théorie de l'accessoire, cette plus-value ne profitera qu'à la communauté; la femme ne pourra récupérer que la valeur de la prestation fournie au vendeur. Si, à l'opposé, le bien acquis a subi une moins-value, ce sera encore la femme qui la supportera car la communauté ne lui versera que l'équivalent de l'enrichissement qui subsiste lors de la dissolution du ménage.

De nos jours, ce déséquilibre est encore accentué par la dépréciation de la monnaie (59). De toute manière, la femme n'a droit qu'à un prix déprécié. Si, par exemple, elle a acquis en 1938 un immeuble qui valait, à cette époque, 100.000 francs, et si la dissolution du ménage intervient en 1958, la femme qui a payé l'acquisition sur ses biens personnels ne touchera que 100.000 francs alors que l'immeuble a une valeur presque vingt fois supérieure. Elle profitera, certes, si elle accepte la communauté, de la moitié de l'acquisition, mais le bénéficiaire véritable en sera le mari qui n'a rien déboursé lors de l'acquisition. Pour que la femme touche quelque chose, encore faut-il que le mari n'ait pas aliéné l'immeuble qui, étant tombé en communauté, est soumis à ses pouvoirs exclusifs. En ce cas, la femme aura travaillé uniquement au bénéfice de son mari qui, avec le prix de vente de l'immeuble anciennement acquis par la femme, a pu lui-même améliorer ses propres.

On ne saurait objecter que la situation est la même en cas d'acquisition réalisée à titre onéreux par le mari car il peut puiser dans la caisse commune à volonté pour payer l'acquisition, ce qui entraîne une corrélation étroite entre l'actif et le passif.

125. — Ce déséquilibre entre les divers patrimoines est choquant, mais il est imposé par les textes actuels du régime de communauté et il apparaît difficile de concilier avec les principes communautaires la possibilité pour la femme d'acquérir des biens communs. Le régime légal implique la nécessité d'un chef à la tête de la société conjugale, sinon on aboutirait à l'anarchie. Or, reconnaître à la femme le pouvoir d'engager la communauté de son propre chef au paiement du prix, c'est donner la direction du ménage aux deux époux avec des attributions égales et concurrentes.

La solution doit être cherchée dans une autre direction et consister à faire du bien acquis par la femme un propre. Les textes qui subsistent actuellement et qui impliquent l'entrée en

(59) Sur les conséquences de la dépréciation de la monnaie dans les régimes matrimoniaux, voir : SAVATIER, « Peut-on remédier dans le contrat de mariage à l'insécurité causée dans les rapports entre époux par l'instabilité de la monnaie ? », *Rép. prat. not.*, 1948, art. 26807; FREYRIA, « Les moyens d'éviter dans les contrats de mariage les conséquences de la dépréciation de la monnaie », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, pp. 331 et suiv.; André COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux; le mal et ses remèdes*, thèse Paris, 1953.

communauté de tout acquêt ont été écrits à une époque où, pratiquement, seul le mari pouvait acquérir. Il était alors normal que le bien acquis tombe en communauté car, sans cela, le mari aurait pu utiliser les deniers communs pour augmenter sa fortune personnelle et laisser sa femme, à la dissolution du mariage, sans ressources. La réforme opérée par les lois de 1938 et de 1942 a entraîné pour la femme la possibilité d'acquérir, mais à condition de payer l'acquisition *sur ses biens personnels*. Dès lors, il serait juste que le bien acquis constitue un propre. Cette solution ne léserait nullement la communauté dont le droit de jouissance disparaîtrait sur les biens aliénés pour le paiement du prix, mais s'exercerait sur le bien nouvellement acquis. Il faut donc espérer une intervention du législateur en ce sens grâce à une modification des articles 1401 et 1498 du Code civil.

CHAPITRE II

LES ACQUISITIONS A TITRE ONEREUX REALISEES PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS EN SON NOM PERSONNEL ET QUI FONT PARTIE DE SON PATRIMOINE PROPRE

126. — Aux articles 1401 et 1498 du Code civil qui, en principe, font tomber en communauté tous les biens acquis à titre onéreux, le Code civil de 1804 apporte un certain nombre d'exceptions qui répondent à trois idées essentielles (1).

Tout d'abord, faisant sienne une idée recueillie de notre ancien droit, le législateur de 1804 déclare propres certains immeubles en vertu de l'idée de conservation des biens dans les familles. Le Code civil repose sur cette notion fondamentale que les biens qui viennent d'une famille ne doivent pas passer dans le patrimoine d'une autre famille. C'est seulement si le ménage a des enfants que ceux-ci, héritiers et, en même temps, continuateurs des deux familles, recueillent les biens dans la succession de leurs deux parents.

A cette première règle fondamentale, vient s'en ajouter une autre tout aussi traditionnelle qui repose sur l'adage « *res perit*

(1) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 210.

vel crescit domino » : l'époux propriétaire d'un propre subit les pertes survenues à sa chose, mais il profite des accroissements de celle-ci. Lorsque différents biens forment une unité économique ou même juridique, il serait désastreux de les séparer car une telle séparation risquerait de diminuer considérablement les revenus qu'ils peuvent produire.

Enfin il importe d'éviter que des modifications par trop importantes n'interviennent au détriment des patrimoines personnels des époux; il faut maintenir, autant que faire se peut, l'intégrité des patrimoines propres. Certes, à la dissolution de la communauté, la théorie des reprises et des récompenses vient rétablir l'équilibre qui a pu être rompu au cours du mariage, mais il ne faut pas oublier que c'est un remède tardif, particulièrement inadéquat pour la femme commune en biens qui risque de ne pas trouver de biens suffisants pour exercer ses reprises. En outre, en période de dépréciation monétaire, la théorie des reprises et des récompenses ne remplit que très imparfaitement son rôle, l'époux bénéficiaire n'ayant droit qu'à une valeur dévaluée. C'est pour éviter ce résultat qu'intervient dans le régime de communauté une troisième notion qui permet de rétablir durant le mariage l'équilibre rompu, la théorie de la subrogation réelle. En vertu de cette idée, l'immeuble acquis à titre onéreux ne devient pas commun, il remplace dans le patrimoine d'un des époux un immeuble propre et prend la même qualité de propre que le bien auquel il est substitué.

C'est en partant de ces trois idées essentielles du régime de communauté que doivent être examinées les répercussions de la capacité de la femme commune en biens à propos des acquisitions entrant dans son patrimoine personnel. Cependant, dès l'abord, il faut noter que ces acquisitions seront rendues difficiles à la femme chaque fois qu'il lui sera nécessaire de manier des deniers communs, ce maniement étant en principe réservé au mari seul. Pour le paiement de ces acquisitions, il faudra alors faire application des règles que nous avons dégagées au chapitre précédent, à propos des acquisitions tombant en communauté.

SECTION I

LES IMMEUBLES PROPRES EN VERTU DE L'IDÉE DE CONSERVATION DES BIENS DANS LES FAMILLES

127. — L'idée de conservation des biens dans les familles intervient dans deux hypothèses distinctes, en matière d'acquisitions réalisées à titre onéreux durant le mariage : à propos de la cession par un ascendant d'un immeuble en paiement de ce qu'il devait à son descendant ou à charge de payer ses dettes, et en cas d'achat par un conjoint de parts d'un immeuble dont il était

copropriétaire par indivis, l'indivision résultant la plupart du temps d'une succession.

I. — Les immeubles acquis par la femme en arrangement de famille.

128. — Aux termes de l'article 1406 du Code civil, « l'immeuble abandonné ou cédé par père, mère ou autre ascendant, à l'un des deux époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point en communauté, sauf récompense ou indemnité ».

Pothier nous donne le motif de cette règle (2) : « Le père, par cet acte, ne fait que prévenir le temps de l'ouverture de la succession et fait d'avance ce qui se serait fait lors de l'ouverture de la succession. Sans cet abandon, lors de l'ouverture de la succession du père, le fils aurait succédé à cet héritage et il n'y aurait succédé qu'à la charge de payer les dettes que le père lui impose par cet abandon. » Il n'y a donc là qu'une anticipation sur le règlement de la succession non encore ouverte de l'ascendant, tout doit donc se passer comme en cas de succession. Aussi, si l'acte portait stipulation d'un prix et constituait une vente, l'immeuble deviendrait un acquêt car l'époux acheteur, tout en étant obligé de payer le prix d'achat, n'en serait pas moins tenu plus tard, comme héritier, de payer les dettes de l'ascendant (3). De même, la cession de l'immeuble ne peut émaner que d'un ascendant car, si elle émanait d'un étranger, il ne s'agirait plus d'un règlement anticipé de succession.

La femme commune en biens, étant capable de s'obliger, peut certainement réaliser un tel acte, mais elle ne peut engager que ses biens personnels au paiement des dettes de l'ascendant. Elle ne dispose pas du maniement des deniers et, en l'absence du concours du mari à l'acte ou d'une autorisation de justice basée sur l'article 217, cette opération ne présentera que peu d'intérêt pour elle. Il est d'ailleurs à remarquer que l'article 1406 est d'une application pratique peu fréquente.

II. — Acquisition de parts indivises d'un bien dont la femme était copropriétaire.

129. — Il arrive souvent qu'au moment du mariage, la femme commune en biens soit copropriétaire d'un immeuble avec un tiers quelconque. Sa part lui demeure propre tant sous le régime

(2) POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 139.

(3) Cass. req., 1^{er} mars 1912, D. 1913-I-297, note MAGNOL; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 349; COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 217.

de la communauté légale que sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Durant le mariage, elle peut se porter acquéreur de tout ou partie des autres parts de cet immeuble par licitation ou vente amiable. Si on appliquait les principes du régime de communauté, les parts ainsi acquises tomberaient dans la masse commune; mais le législateur a voulu éviter ce résultat et dans l'article 1408, alinéa 1, il décide que « l'acquisition faite pendant le mariage à titre de licitation ou autrement de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme point un conquêt, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition ».

Cependant, la femme commune en biens, tout en étant capable, éprouvera de nombreuses difficultés pour agir et, si le ménage vit en bonne intelligence, elle laissera son mari acquérir les parts de l'immeuble dont elle était copropriétaire par indivis. Le législateur n'a pas voulu qu'elle se trouve lésée, il a entendu éviter une nouvelle indivision et, dans l'article 1408, alinéa 2, il permet à la femme de « retirer l'immeuble ».

A. — ACQUISITION PAR LA FEMME SEULE.

130. — La possibilité pour la femme d'acquérir est limitée par son absence de pouvoir à l'effet de manier les deniers communs. Elle ne dispose d'aucun pouvoir actuel pour engager la communauté et elle doit obtenir le consentement du mari ou, à défaut, l'autorisation de justice basée sur l'article 217. Dans cette dernière hypothèse, la communauté se trouve engagée de son propre chef au paiement du prix d'acquisition des parts indivises. Ces parts viennent alors accroître l'actif propre de la femme sauf récompense à la communauté des sommes déboursées (4).

131. — La solution de l'article 1408, alinéa 1, a reçu deux explications différentes. La propriété de l'immeuble indivis ayant été acquise le plus souvent par succession, une première opinion rattache la règle édictée par l'article 1408 à celle de l'article 883 du Code civil (5). Par l'effet déclaratif du partage, l'époux est censé avoir reçu directement du défunt la totalité de l'immeuble qui avait été mis dans son lot et qu'il a acheté sur licitation. Il a donc acquis la propriété de l'immeuble tout entier par succession et, sous le régime de communauté, de telles acquisitions accroissent les propres des époux.

(4) Cass. req., 18 février 1908, D. 1908-I-529, note GUÉNÉE, S. 1914-I-315; Colmar, 31 juillet 1951, *Rev. Als.-Lorr.*, 1951-433, G.P. 1951-II, Tables, p. 65, n° 10; Trib. civ. Colmar, 15 janvier 1954, *Rev. Als.-Lorr.*, 1955, p. 90, J.C.P. 1954-IV-137; Cass. civ., 23 mars 1954, *Bull. cass.*, 1954-I-87, J.C.P. 1954-II-8180, note BLIN.

(5) POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 146; voir aussi TRONCHET, dans LOCRÉ, T. VI, p. 435.

Cette explication est aujourd'hui abandonnée, car, historiquement, elle est fausse : ce droit d'appropriation existait avant l'adoption définitive de l'effet déclaratif du partage qui apparaît, pour la première fois, dans un arrêt du 8 janvier 1569 et n'est affirmé véritablement qu'à partir de Pothier qui écrit cette phrase caractéristique : « Le partage n'est pas considéré comme un titre d'acquisition, c'est seulement un acte déterminatif des choses auxquelles chacun des cohéritiers a succédé au défunt, chacun des cohéritiers qui n'était héritier qu'en partie n'ayant pu succéder à toutes, mais seulement à celles que lui assignerait un jour le partage » (6).

De plus, cette conception conduirait à décider que la règle énoncée dans l'article 1408 ne peut fonctionner que lorsque joue l'effet déclaratif du partage, qu'autant que cesse complètement l'indivision (7). Or, tout le monde admet que l'article 1408 s'applique aussi bien lorsque l'époux se porte adjudicataire d'une partie de l'immeuble et que l'indivision continue à exister, que lorsqu'il en acquiert la totalité (8). En effet, le texte est très large et parle d'acquisition de « portion d'un immeuble ».

En réalité, l'article 1408 a pour but l'unification du régime juridique de la propriété (9). L'achat par un époux de parts d'immeuble dont il était copropriétaire par indivis est réalisé pour faire cesser une situation fort gênante et ce serait aller contre sa volonté que de substituer à une indivision une autre indivision. Particulièrement, en cas d'achat partiel, la solution contraire aboutirait à créer une nouvelle indivision sur une copropriété subsistante.

132. — Aussi doit-on entendre d'une manière large la règle édictée par l'article 1408. Ce texte doit trouver application quelle que soit la nature de l'acte d'acquisition; il ne vise que les immeubles mais il doit être étendu, en raison de son fondement, aux meubles propres et c'est à tort que le Tribunal civil de Cherbourg, par un jugement du 7 février 1949 (10), en a refusé l'application à l'achat d'un fonds de commerce. Il ne faut pas oublier, en effet, que si, en 1804, le législateur n'a visé que les immeubles, c'est que les meubles étaient considérés comme des biens peu importants, *res mobilis, res vilis*. Aujourd'hui, les meubles ont pris dans le

(6) POTHIER, *Traité des successions*, chap. IV, art. 5, § 1; voir OLIVIER-MARTIN, *La coutume de Paris*, T. II, pp. 458 et suiv.

(7) Cass. civ., 16 janvier 1827, S. Chron., 1825-1827, p. 504; Cass. civ., 24 avril 1884, D. 1885-I-19, S. 1884-I-209; Cass. civ., 11 janvier 1909, D. 1909-I-81, note PLANIOL, S. 1912-I-49, note WAHL.

(8) Bordeaux, 18 janvier 1866, et Cass. civ., 2 décembre 1867, D. 1867-I-469, S. 1868-I-161; Cass. req., 18 février 1908, préc.; COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 220.

(9) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 353; COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 220.

(10) Trib. civ. Cherbourg, 7 février 1949, D. 1949-616, note G.R.

patrimoine des époux une place considérable, au point de former souvent la plus grande partie de la fortune du ménage et une application littérale de l'article 1408 aboutit en fait à violer l'esprit de ce texte. Aussi doit-on approuver l'avant-projet de Code civil d'avoir substitué le mot « bien » au mot « immeuble » : « Lorsqu'un des époux acquiert pendant la durée du régime une part d'un bien dont il été copropriétaire par indivis, la part ainsi acquise reste propre sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a pu fournir pour cette acquisition. »

A propos d'acquisition de part de biens indivis, comme à propos de toute acquisition à titre onéreux entrant dans le patrimoine propre de l'un des époux, il faut noter l'influence de la dépréciation de la monnaie. L'époux qui acquiert les parts indivises réalise un enrichissement non voulu par les règles du régime. Particulièrement frappante à cet égard est l'espèce jugée par la Cour de cassation le 23 mars 1954 (11) : un époux s'était rendu acquéreur en 1933 d'un immeuble d'une valeur de 70.000 francs dont il était copropriétaire par indivis pour une part évaluée à 10.000 francs. En vertu de l'article 1408, alinéa 1, il était devenu propriétaire de l'ensemble de l'immeuble et devait à la communauté une récompense de 60.000 francs. Or, en 1947, date de la dissolution du ménage, l'immeuble était estimé 1.400.000 francs. Le bénéfice réalisé par cet époux au détriment de la communauté est donc équivalent à 1.140.000 francs. Cet exemple prouve, s'il en était encore besoin, que le régime de communauté est inadapté aux fluctuations de la monnaie.

B. — ACQUISITION PAR LE MARI : LE RETRAIT D'INDIVISION.

133. — Lorsque le mari se porte acquéreur de parts d'un bien dont la femme était copropriétaire par indivis, il peut tout d'abord agir en vertu d'un mandat de celle-ci; en ce cas, il n'y a pas de difficultés, l'acquisition est censée effectuée par la femme elle-même, la participation du mari facilitant seulement le paiement de cette acquisition. De même, lorsque le mari se porte acquéreur sans déclarer au nom de qui il agit, la jurisprudence présume qu'il achète pour le compte de sa femme en tant que gérant d'affaires (12). Le bien constitue en principe un propre dès l'acquisition, mais la femme peut refuser de ratifier la gestion d'affaires et, en ce cas, il tombe en communauté.

134. — Enfin, le mari peut se porter acquéreur en précisant dans l'acte qu'il agit pour son propre compte ou pour celui de la communauté. L'article 1408, alinéa 2, donne alors à la femme une

(11) Cass. civ., 23 mars 1954, J.C.P. 1954-II-8180, note BLIN.

(12) Cass. civ., 2 décembre 1867, D. 1867-I-469, S. 1868-I-161; Cass. civ., 17 février 1886, D. 1886-I-249, S. 1886-I-161, note LYON-CAEN; *contra* : Nancy, 9 juin 1854, D. 1855-II-251, S. 1854-II-785; Caen, 31 juillet 1858, S. 1859-II-97.

option qui, en fait, est basée sur les résultats de l'opération. Si l'opération se révèle mauvaise, elle peut abandonner la propriété du bien tout entier à la communauté et bénéficier d'un droit à récompense pour la valeur de la part qui lui appartenait. Si l'opération est avantageuse, elle peut « retirer » le bien de la communauté en lui remboursant le prix d'acquisition. Lorsque la femme exerce le retrait, le bien est réputé lui avoir toujours été propre et, en conséquence, toutes les aliénations consenties par le mari ainsi que les droits réels nés de son chef se trouvent anéantis (13). Cette rétroactivité du retrait s'explique par la nécessité d'assurer à la femme la position qu'elle aurait eue si elle avait acquis elle-même l'immeuble; elle est cependant très dangereuse pour les tiers, car il n'existe en principe aucune condition de forme ni de délai pour l'exercice de l'option; il suffit que la femme fasse savoir à son mari qu'elle entend exercer le retrait et elle peut le faire soit avant la dissolution de la communauté, soit pendant les trente ans qui suivent cette dissolution (14).

135. — Le retrait d'indivision constitue pour la femme mariée un régime de faveur à trois points de vue (15): la première faveur réside dans le principe même de l'option; celle-ci se justifiait parfaitement lorsque la femme était une incapable car elle ne pouvait acquérir elle-même les parts d'un bien indivis. En théorie, cette faveur est aujourd'hui moins justifiée, la femme possédant la pleine capacité de droit; mais nous avons vu que la femme ne disposait pas des pouvoirs nécessaires pour payer les acquisitions qu'elle peut effectuer et, pratiquement, ce sera toujours le mari qui agira. Il est normal que tant que la capacité de la femme ne sera pas assortie de pouvoirs, celle-ci puisse exercer l'option.

La deuxième faveur accordée à la femme en matière de retrait d'indivision consiste à présumer, sauf volonté contraire nettement exprimée, que le mari en acquérant les parts de l'immeuble indivis a entendu agir pour le compte de son épouse. A l'encontre de cette faveur, on pourrait objecter que, du fait de sa capacité, la femme ne doit pas se désintéresser de la gestion de son patrimoine et que, dorénavant, il est plus difficile de présumer que le mari agit à sa place. Celui-ci, d'ailleurs, doit voir ses prérogatives réduites à celles d'un administrateur, certes à larges pouvoirs en raison de son droit de jouissance, mais qui ne sauraient lui permettre d'acquérir pour le compte de son épouse. S'il est assez difficile d'invoquer en faveur de cette présomption le fait que souvent la

(13) Besançon, 20 mars 1850, D. 1852-II-287, S. 1850-II-445; Grenoble, 18 août 1854, D. 1856-II-61, S. 1855-II-91; Paris, 4 mai 1935, S. 1936-II-135.

(14) Paris, 4 mai 1935, préc.

(15) Jacques BOUTARD, *Le régime de communauté et la capacité de la femme mariée*, cours de doctorat non publié.

femme laisse gérer son patrimoine par le chef de la communauté, ce qui conduirait à rendre inutile l'octroi de la capacité, il ne faut cependant pas oublier que cette présomption coïncide avec l'intérêt des tiers : l'immeuble étant considéré comme un propre de la femme dès l'acquisition, les créanciers de la communauté n'ont pas à redouter de voir les droits qu'ils avaient acquis disparaître comme cela se passe en cas de retrait. La présomption dégagée par la jurisprudence doit donc être maintenue tant que restera admise la possibilité pour la femme d'exercer son option trente ans après la dissolution du ménage.

Ce qui est critiquable, c'est justement la possibilité pour la femme d'exercer son option durant un laps de temps si long. Cette faveur se comprenait lorsqu'elle était une incapable car le point de départ du délai devait être postérieur à la fin de l'incapacité. Dorénavant, la femme, capable, doit prendre ses responsabilités durant le mariage et la rétroactivité du retrait doit être abolie. Si elle veut s'attribuer la propriété du bien ainsi acquis sans que celui-ci soit grevé de charges réelles, elle n'a qu'à exercer au plus tôt sa capacité. Cette faveur qui portait atteinte au crédit du ménage ne se justifie plus par un besoin de protection de la femme commune en biens (16).

SECTION II

LES ACCROISSEMENTS DE PROPRES

136. — Durant le mariage, il arrive fréquemment que les époux achètent de nouveaux biens pour accroître la valeur économique de leurs propres ou construisent des bâtiments sur des terrains qui leur appartiennent personnellement. Le bien acquis et le bien propre forment une unité économique et il serait désastreux de leur conférer un régime juridique distinct en déclarant l'acquisition commune; à la dissolution du ménage, il est de l'intérêt de l'époux propriétaire de conserver l'acquisition nécessaire à la bonne exploitation de son bien personnel.

Mais, d'un autre côté, accorder le caractère de propres aux accroissements réalisés à titre onéreux durant le mariage risque de porter préjudice à la communauté qui, en règle générale, a fourni les deniers pour payer l'acquisition. Le principe de la corrélation entre l'actif et le passif conduit alors à faire des accroissements des biens communs et, au surplus, les articles 1401, alinéa 3, et 1498 du Code civil semblent impliquer cette solution : la règle énoncée dans ces textes est si forte que rien n'empêche de faire entrer en communauté une valeur provenant d'un propre,

(16) L'avant-projet de Code civil adopte une solution plus radicale encore : il supprime purement et simplement le retrait d'indivision; cf. *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, année 1949-1950, pp. 207 et suiv.

notamment par l'acquisition de biens à l'aide de deniers provenant de l'aliénation de propres.

137. — Aussi, à l'origine, la jurisprudence se montra-t-elle hostile au rejet de la notion d'acquêts. Elle décida que la plus-value d'un office ministériel ou d'un fonds de commerce propre à l'un des époux, ne revêtait, elle-même, le caractère de bien propre que si elle était purement fortuite; elle refusa ce caractère aux plus-values provenant de l'activité personnelle des époux et, à plus forte raison, à celles procurées par des ressources tirées de la communauté (17).

Cependant, cette tendance restrictive de la jurisprudence ne dura pas, et, à partir de la fin du XIX^e siècle, les tribunaux firent une application extensive de l'article 1437 du Code civil. Faisant appel à la théorie de l'accession, ils décidèrent que la plus-value n'entraînait pas en communauté, non seulement lorsqu'elle provenait de circonstances économiques étrangères à la personne de l'époux propriétaire du fonds, mais aussi lorsqu'elle était due à l'activité personnelle de cet époux (18). L'article 1498 ne déclare communs que les fruits provenant du travail des conjoints et, selon l'expression de M. Nast (19), « on ne saurait considérer sans forcer le sens des mots la plus-value d'un fonds de commerce, quand elle résulte de l'activité de l'époux propriétaire, comme un fruit ou un revenu. Elle est un accroissement du capital dont elle constitue une partie indétachable. » Allant plus loin encore, la jurisprudence admit le caractère propre de la plus-value obtenue grâce à une capitalisation des bénéfices industriels ou commerciaux qui, au lieu d'être versés à la communauté, ont été employés à l'extension des affaires, à la création de succursales, ou qui ont servi, si le fonds est exploité en société, à la constitution de réserves, ou ont été abandonnés à la société à titre d'apports supplémentaires (20).

Une fois engagés dans cette voie, les tribunaux ne devaient pas manquer d'aller trop loin et de méconnaître purement et simple-

(17) Bordeaux, 29 août 1840, *D. Jur. Gén.*, V^o C. de m., n^o 642; Bordeaux, 19 février 1856, *D.* 1856-II-177; Paris, 8 avril 1869, *D.* 1869-II-136, *S.* 1869-II-205; Trib. civ. Mamers, 26 mai 1874, *D.* 1874-II-104; Trib. civ. Seine, 26 avril 1897, *G.P.* 1897-II-208; en ce sens : TROPLONG, *Traité de contrat de mariage*, T. III, n^o 1876; CLERC, *Traité du notariat*, T. I, n^o 1451; Jean BERNARD, *De la plus-value des propres*, thèse Paris, 1934.

(18) Bordeaux, 17 février 1886, *D.* 1886-II-119; Cass. req., 14 avril 1893, *D.* 1893-I-351; Cass. req., 24 juin 1903, *D.* 1904-I-591, *G.P.* 1903-II-119; Aix, 24 mai 1905, *D.* 1906-II-338; Bordeaux, 4 juin 1928, et Paris, 5 juin 1928, *D.P.* 1929-II-133; Rennes, 9 juin 1928, *D.P.* 1929-II-129.

(19) Note NAST sous Rennes, 9 juin 1928, préc.

(20) Montpellier, 19 octobre 1926, *D.H.* 1926-557; Paris, 5 juin 1928, préc.; Rennes, 9 juin 1928, préc.; Cass. civ., 22 octobre 1935, *G.P.* 1935-II-778, *D.H.* 1935-521, *S.* 1937-I-4; *contra* : Cass. req., 25 octobre 1909, *D.* 1910-I-257, note BINET, *S.* 1911-I-361, note NAQUET. M. NAST, dans une note sous Paris, 20 novembre 1923, au *D.P.* 1924-II-121, col. 2, constatait déjà cette tendance de la jurisprudence à augmenter les propres au détriment de la communauté.

ment la notion d'acquêt. L'article 1437 sur lequel on a insisté (21), ne saurait couvrir les exagérations auxquelles peut donner lieu la théorie de l'accessoire. Aussi, certains arrêts récents ont-ils essayé de dégager le champ d'application et les limites de cette théorie sous le régime de la communauté (22).

138. — L'accession peut se réaliser dans deux séries d'hypothèses (23). En règle générale, l'accession s'opère directement par l'incorporation d'un bien nouveau à un autre bien, préexistant dans le patrimoine personnel de l'un des époux. C'est le type même de l'accession et il correspond à la définition qu'en donnent les articles 551 et suivants du Code civil. L'accession est alors automatique et la jurisprudence admet assez facilement le caractère propre de l'accroissement. Mais l'accession peut aussi se produire par l'acquisition d'un bien nouveau à l'aide de biens propres et de biens communs; l'hypothèse la plus importante en est la souscription d'actions ou de parts sociales en vertu d'un droit préférentiel de souscription. En ce cas, il est plus difficile de justifier le caractère propre de l'acquisition, l'accession se produisant à l'intérieur d'un nouveau bien.

I. — Accession par incorporation d'un bien nouveau à un autre bien, préexistant dans le patrimoine personnel de la femme.

139. — Les principes qui régissent la matière ont été nettement dégagés par un arrêt de la Cour de Douai du 26 janvier 1948 (24). Deux époux étaient mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts. La femme possédait en dot un fonds de brasserie qui avait pris une plus-value considérable durant le mariage grâce à une augmentation de la clientèle obtenue par la fermeture d'entreprises concurrentes, la transformation d'une fabrique artisanale en une usine industrielle, la construction de bâtiments et l'achat d'estaminets pour écouler la bière produite par l'entreprise de brasserie. La Cour de Douai a décidé que les améliorations apportées au fonds de commerce et la plus-value résultant de la fermeture des entreprises concurrentes étaient propres car « elles n'ont pas constitué un objet distinct, détachable, reconnaissable et sont *intimement incorporées au bien initial* », la brasserie étant « demeurée malgré ses accroissements successifs telle qu'elle était avant l'incorporation des maisons de commerce ».

(21) PLANIOL, T. VIII, par NAST, n° 417.

(22) Notamment : Cour Douai, 26 janvier 1948, S. 1949-II-1, note P. RAYNAUD, J.C.P. 1950-II-5438 bis, note VOUIN.

(23) Note P. RAYNAUD, préc.

(24) Cour Douai, 26 janvier 1948, S. 1949-II-1, note RAYNAUD, J.C.P. 1950-II-5438 bis, note VOUIN, observ. LACARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 182, n° 13.

A l'inverse, il a été jugé que les fonds d'estaminets achetés pour écouler la bière constituaient des biens communs : « Il n'est pas possible de décider que les fonds d'estaminets sont devenus un accessoire de la brasserie Dubois-Vaast, lesdits fonds *ayant conservé leur individualité propre*, une existence distincte, une vie juridique particulière; ils possèdent une clientèle personnelle; ils ont un achalandage à eux, un nom commercial qui leur est attaché et ils font l'objet d'une exploitation spéciale » (25).

Pour qu'un bien acquis soit propre par accession, il est nécessaire qu'il perde son individualité, qu'il ne puisse pas être détaché du propre auquel il s'est incorporé. C'est ce qu'avait déjà jugé le Tribunal civil de Limoges, le 18 octobre 1946 (26), en décidant que le cheptel acquis par le mari avec des deniers communs pour un immeuble propre à la femme fait partie de la communauté; l'accession ne joue pas car le cheptel « constitue une partie distincte du domaine appartenant à la femme... la séparation du domaine et du cheptel étant parfaitement possible. »

140. — Cette jurisprudence a été critiquée par certains auteurs. Notamment M. Riou (27) écrit à propos de l'arrêt de la Cour de Douai du 26 janvier 1948 qui déclare communs les estaminets achetés pour écouler la bière : « Solution parfaitement juridique; les estaminets ont conservé leur clientèle propre, ils sont demeurés chacun des fonds de commerce. *Solution anti-économique* : la plus grande partie des marchandises de la brasserie est vendue à ces fonds, s'ils sont séparés de la brasserie, celle-ci perd sa clientèle et risque de périlcliter. »

En ce sens, un arrêt de la Cour de Poitiers du 4 juin 1940 avait déjà décidé qu'« il est difficile d'admettre que les époux qui peuvent accroître presque indéfiniment la valeur de leurs immeubles propres par des constructions n'auraient pas le droit d'améliorer ces immeubles par des agrandissements » (28). Mal accueilli par la doctrine (29), cet arrêt ne fit pas jurisprudence.

141. — A ne considérer que l'intérêt des époux, il serait possible d'admettre le raisonnement de la Cour de Poitiers tendant à

(25) Douai, 26 janvier 1948, préc.; en ce sens : Dijon, 11 mai 1933, S. 1933-II-214; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 236; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 327-328; note P. RAYNAUD, préc.; Cass. civ., 6 novembre 1950, J.C.P. 1952-II-6702, note COHEN : les machines achetées pour un fonds de commerce propre constituent des propres; Douai, 3 juillet 1951, D. 1951-709 : constructions élevées sur un terrain propre.

(26) Trib. civ. de Limoges, 18 octobre 1946, D. 1947-44, note Alex WEILL; en ce sens : Montpellier, 12 décembre 1951, J.C.P. 1952-II, éd. Not., 7305 : l'immeuble contigu à un propre n'est pas propre par voie d'accession.

(27) Michel RIOU, *Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1952, p. 197; voir aussi la note VOUIN au J.C.P. 1950-II-5438 bis.

(28) Poitiers, 4 juin 1940, D.H. 1940-155.

(29) Voir ces critiques dans RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 328, et SAVATIER, *Cours de droit civil*, T. III, n° 41.

exclure de la communauté les immeubles contigus à des propres, car théoriquement le jeu du régime matrimonial permet par le fait des récompenses de maintenir en valeur l'équilibre rompu entre les divers patrimoines par la répartition en nature. Mais il ne faut pas perdre de vue l'intérêt des tiers, et c'est cette considération qui justifie la solution donnée par la Cour de Douai. Une incorporation, étant apparente, ne menace pas les tiers qui peuvent facilement se rendre compte que les améliorations apportées aux propres font partie intégrante de ces propres. A l'inverse, une simple adjonction, résultant par exemple de l'achat d'immeubles contigus à des propres, ne présente pas, pour eux, les mêmes garanties. Il leur serait alors difficile de connaître la nature juridique du bien acquis avec des deniers communs, car celle-ci dépendrait de la volonté des époux qui pourraient frauder facilement les créanciers de la communauté en faisant jouer l'accession, ainsi entendue dans un sens large, au profit des propres de la femme.

Lorsque le bien acquis a perdu son individualité, il devient propre et, pour cela, il importe peu que l'accessoire ait une valeur supérieure au principal. Dans l'espèce de la Cour de Douai du 26 janvier 1948, la brasserie initiale avait une valeur très faible par rapport aux éléments incorporés; de même, la Cour de Douai, dans un arrêt du 3 juillet 1951 (30), a admis le caractère propre de constructions élevées sur un terrain nu d'une valeur de 4.500 francs, alors que ces constructions étaient estimées en 1940 à 47.000 francs. Comme le remarque M. Raynaud (31), « la différence entre le principal et l'accessoire n'est pas nécessairement une différence de valeur ». Doit être considéré comme principal le bien qui a conservé son individualité juridique. Cette solution est d'ailleurs commandée par les articles 553 et 554 du Code civil qui retiennent comme élément principal le terrain nu et comme accessoires les constructions édifiées sur ce terrain sans prendre en considération leur valeur respective.

La communauté, en vertu de l'article 1437 du Code civil, a simplement droit à une récompense, à la dissolution du ménage, récompense qui ne doit dépasser ni le profit personnel retiré par l'époux ni la dépense faite par la communauté (32). Par suite de la dépréciation de la monnaie, la récompense sera très souvent inférieure à la plus-value réelle acquise par le propre mais, comme le note la Cour de cassation de Belgique dans son arrêt du 29 jan-

(30) Douai, 3 juillet 1951, préc., D. 1951-709; *contra* : Trib. civ. Seine, 7 juin 1935, D.P. 1936-II-95, note CAPITANT; Besançon, 14 décembre 1955, J.C.P. 1957-II-9706, note critique PONSARD, D. 1957-358, note DE LA MARNIERRE.

(31) Note P. RAYNAUD sous Douai, 26 janvier 1948, au S. 1949-II-1.

(32) Cass. civ., 26 octobre 1910, D. 1913-I-206; Douai, 28 mai 1930, D.P. 1931-II-30; Cass. civ., 22 octobre 1935, D.H. 1935-521; Douai, 3 juillet 1951, préc.; Cour cass. de Belgique, 29 janvier 1953, J.C.P. 1953-II-7786, note René PIET.

vier 1953 (33), cette créance de somme déterminée ne peut faire l'objet d'une réévaluation en raison des variations de la valeur de la monnaie. En période de dépréciation de la monnaie, l'intérêt des époux vient donc s'ajouter à l'intérêt des tiers pour limiter le jeu de la théorie de l'accession sous le régime de la communauté.

Aussi ne faut-il pas s'étonner de la tendance restrictive de la jurisprudence lorsque l'accession se réalise à la suite de l'acquisition d'un bien nouveau à l'aide d'une contrepartie fournie à la fois par la communauté et par un patrimoine propre, notamment en cas de souscription d'actions ou de parts sociales par un époux commun en biens en vertu d'un droit préférentiel de souscription attaché à des actions propres.

II. — La souscription d'actions ou de parts sociales par la femme commune en biens titulaire d'un droit préférentiel de souscription (34).

142. — Préalablement à tout examen du sort des actions souscrites en vertu d'un droit préférentiel de souscription, il apparaît nécessaire de rechercher quels sont les pouvoirs de la femme commune en biens à l'effet de souscrire aux augmentations de capital. Un jugement n'a-t-il pas fait dépendre le caractère propre ou non de l'action de l'exercice par le mari ou par la femme du droit de souscription ? (35). Une telle recherche est d'ailleurs intéressante en raison du développement considérable de la fortune mobilière; fréquemment les époux se trouveront en présence d'augmentations de capital et il est important de déterminer leurs pouvoirs respectifs lorsque la femme possède en propre des actions de la société émettrice.

A. — EXERCICE DU DROIT DE SOUSCRIPTION PAR LA FEMME SEULE.

143. — La possibilité pour la femme commune en biens de souscrire aux augmentations de capital de sociétés, lorsqu'elle est titulaire d'actions propres, dépend de la nature juridique de l'acte

(33) Cour cass. de Belgique, 29 janvier 1953, préc.

(34) Le problème ne se pose que si la femme commune en biens est titulaire d'actions propres. Il en est ainsi, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, des actions qu'elle possédait avant son mariage et, sous le régime de la communauté légale, des actions qui lui sont propres en vertu d'une clause du contrat de mariage ou qui lui ont été données sous cette condition. Si les actions sont communes, seul le mari, en vertu de l'article 1421, a qualité pour souscrire et les actions ainsi acquises font nécessairement partie de l'actif commun.

(35) Trib. civ. Caen, 22 octobre 1946, G.P. 1946-II-267, observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1947, p. 48.

de souscription. Si celui-ci constitue un acte d'administration, seul le mari a qualité pour l'exercer en vertu de l'article 1428, alinéa 1; s'il a le caractère d'un acte de disposition, cette prérogative appartient à la femme seule.

En droit français, la notion d'acte d'administration est très imprécise : elle varie avec chaque catégorie d'administrateurs : le chef de la communauté n'a pas les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ou qu'un prodigue gérant de son propre patrimoine. Il serait vain de chercher dans l'article 1428 une définition de l'acte d'administration. Ce texte l'oppose simplement à l'aliénation, tout en y incluant l'exercice des actions mobilières et possessoires. Et encore est-il permis de douter de l'exactitude de cette opposition puisque certains actes d'aliénation sont en même temps des actes d'administration : tel est le cas, par exemple, de la vente d'une récolte, d'une coupe de bois. En réalité, il n'est possible d'opposer et, par suite, de définir l'acte d'administration et l'acte de disposition que par le recours à un critère plus économique que juridique. L'acte de disposition comprend alors (36) « toute opération qui a pour effet de transformer le patrimoine dans la composition de ses éléments producteurs ou de les *détourner de leur fonction normale*, de diminuer l'étendue, d'affaiblir ou de compromettre la force de rendement du fonds. » A l'inverse, l'acte d'administration s'entend de « toutes les opérations qui ont pour but de conserver, à plus forte raison d'augmenter le patrimoine et de tirer de chacun des éléments dont il se compose *les produits qu'il est destiné par sa nature même et son fonctionnement normal à donner* » (37).

Si on analyse la souscription d'action, on s'aperçoit que cette opération qui se décompose en deux éléments, l'utilisation d'un droit de souscription et l'acquisition d'actions nouvelles, corres-

(36) MINARD, *Des droits et des pouvoirs du mari sur les valeurs mobilières de sa femme sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1901, p. 65.

(37) La même conception se retrouve dans l'ouvrage de M. TRASBOT (*L'acte d'administration en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1921, p. 199), qui, lui aussi, oppose le caractère normal de l'acte d'administration au caractère anormal de l'acte de disposition. « Est dit acte d'administration, écrit-il, tout acte juridique quelconque lorsque, par rapport à l'ensemble d'un patrimoine donné, ledit acte apparaît comme accompli par son auteur dans le but d'assurer la conservation et la mise en valeur normale de ce patrimoine ou d'un ou plusieurs de ses éléments, dans des conditions légalement déterminées et sous la menace d'une sanction appropriée. » « Est dit acte de disposition tout acte ou abstention juridique quelconque lorsque, par rapport à l'ensemble d'un patrimoine donné, cet acte ou cette abstention apparaissent comme accomplis par leur auteur, soit dans un but exclusif de toute mise en valeur, soit dans le but d'une mise en valeur anormale dudit patrimoine, d'un ou plusieurs de ses éléments; dans ces conditions, l'acte de disposition implique pour le disposant l'exercice licite d'une pleine maîtrise et n'entraîne de ce chef aucune responsabilité ni sanction. »

pond à la définition que nous avons donnée de l'acte de disposition.

Le droit de souscription n'est ni un fruit ni un produit, c'est une valeur de capital, accessoire des titres auxquels il est conféré. Il n'est pas un fruit, car il ne possède aucun des deux caractères essentiels de ce dernier, à savoir la non-altération de la substance du bien et la périodicité (38). Le droit de souscription, par son utilisation, diminue la valeur des titres dont il est détaché; si le montant nominal de l'action reste le même, la valeur réelle et intrinsèque de celle-ci diminue. Pour s'en convaincre, il n'est que de consulter les cours pratiqués en Bourse : une baisse de l'action suit toujours le détachement du droit de souscription. En outre, l'octroi d'un droit de souscription préférentiel est loin d'avoir un caractère périodique, il a lieu à des intervalles plus ou moins rapprochés et même une société, au cours de son existence, peut n'émettre jamais d'actions nouvelles. C'est donc à juste titre que la jurisprudence et la doctrine se sont toujours refusées à voir dans le droit de souscription un fruit (39).

Si le droit de souscription n'est pas un fruit, il ne peut pas non plus être considéré comme un produit. Et, pourtant, l'un et l'autre sont caractérisés par l'altération de la substance de la chose dont ils proviennent et par la non périodicité (40). En réalité, comme l'a justement démontré M. Redaud (41), le droit de sous-

(38) Sur la notion de fruit, voir : BÉRENGER, *Des fruits*, thèse Aix, 1879; SOUNÈS, *Des fruits*, thèse Paris, 1901; AUBERT, *Des fruits civils*, thèse Paris, 1907; CROIZAT, *La notion des fruits en droit civil, droit commercial et droit fiscal*, thèse Lyon, 1925; RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 2779.

(39) Trib. civ. Nancy, 24 juillet 1866, D. 1870-II-169; Trib. civ. Orléans, 16 mars 1943, J.C.P. 1943-II-2453; CHEVALIER, *Du droit de souscription en cas d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes ou en commandite par actions*, thèse Paris, 1926, n° 29; JAUFFRET, *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, thèse Aix, 1926, p. 152; REDAUD, *Les parts sociales sous le régime de communauté*, thèse Paris, 1929, n° 372; PIFFRE DE VAUBAN, *Du caractère des actions nouvelles souscrites par une femme mariée en vertu d'un droit de préférence*, thèse Paris, 1928, p. 43; MARTIN, *Le droit de souscription aux augmentations de capital et la condition des titres souscrits par un époux commun en bien*, thèse Lille, 1944, pp. 62 et suiv.; PERROT, *La création d'actions nouvelles lors d'une augmentation de capital et le régime de la communauté réduite aux acquêts*, thèse Paris, 1948, n°s 35 et suiv.; contra : DECUJIS, « De la non-dotalité du droit de souscription appartenant aux femmes dotales en cas d'augmentation du capital dans une société par actions », *Journ. Soc.*, 1922, pp. 49 et suiv.

(40) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. I, n° 976, T. III, n° 189.

(41) REDAUD, *op. cit.*, n° 374; en ce sens : Cass. req., 12 juillet 1880, S. 1882-I-161, D. 1882-I-36; Trib. civ. Orléans, 16 mars 1943, préc.; WAHL, « Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-proprétaire d'actions sur les titres, leurs produits et leurs accessoires », *Journ. Soc.*, 1925, art. 3089, n°s 17-18; DACHER, *De la priorité de souscription dans les émissions de titres*, thèse Paris, 1913, pp. 121 et suiv.; JAUFFRET, *op. cit.*, pp. 156 et suiv.; CHEVALIER, *op. cit.*, pp. 52 et suiv.; MARTIN, *op. cit.*, pp. 67 et suiv.; PERROT, *op. cit.*, n°s 39 et suiv.

cription n'est pas assimilable à un produit, car celui-ci « est un objet détaché d'un bien qui, par le fait de son détachement, devient susceptible d'une utilisation nouvelle » alors que le droit de souscription est exercé « suivant la destination qu'il a toujours eue »; après son détachement de l'action ancienne, il se fixe et s'incorpore à l'action nouvelle à laquelle il fait apport d'une quote-part des réserves qui se joignent au montant nominal de l'action nouvelle. Après cela, il s'éteint au sein de cette action, sans avoir réalisé une fin nouvelle.

14. — Le droit de souscription constitue donc une valeur de capital représentative d'une fraction des réserves de la société qui se détache des anciens titres pour s'incorporer aux actions nouvelles, les réserves constituant elles-mêmes des capitaux directement constitués (42). Le mari ne pouvant aliéner les actions appartenant à sa femme (43), il faut décider qu'il ne peut jamais disposer du droit de souscription (44).

Seule, la femme commune en biens a la possibilité d'utiliser ce droit comme elle le désire, aussi bien pour souscrire des actions nouvelles que pour le vendre en Bourse (45). C'est à tort que M. Perrot (46) a restreint le droit de la femme à la « nue-propriété » du droit de souscription. Cette conception procède d'une assimilation particulièrement étroite du droit de jouissance à un usufruit puisqu'elle le fait porter sur un droit qui ne se matérialise

(42) PLANIOL, T. VIII, par NAST, n° 418-419; WAHL, préc., n° 9; HOUPIBOSVIEUX, *Traité des sociétés*, T. II, p. 45; BARATIN, « De la dotalité qu'affecte le droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles émises contre espèces lorsque ce droit est attaché à des actions nouvelles - Des effets de cette dotalité », *Rev. Soc.*, 1922, p. 573; PERROUD, « Effets de la dotalité des actions conférant le droit de souscrire par préférence à une augmentation de capital », *Rev. Soc.*, 1922, p. 280; CROIZAT, *op. cit.*, p. 194; REDAUD, *op. cit.*, n° 377; JAUFFRET, *op. cit.*, p. 161; CHEVALIER, *op. cit.*, p. 53; MARTIN, *op. cit.*, p. 71; PERROT, *op. cit.*, n° 97; Claude DES CHARRONS, « L'incidence des augmentations de capital sur le patrimoine des époux », *Rev. Impôts et Sociétés*, novembre 1953, p. 2640, n° 15.

(43) JAUFFRET, *op. cit.*, p. 151.

(44) *Contra* : CHEVALIER, *op. cit.*, pp. 214 et suiv.; Pierre JAUBERT, *Les propres mobiliers dans la communauté légale*, thèse Bordeaux, 1942, n° 207.

(45) Douai, 19 février 1943, D.C. 1943-97, note FRÉJAVILLE, qui approuve; CHARRON, « La souscription d'actions par la femme mariée », G.P. 1947, Doctr., p. 25; SAVATIER, « La souscription d'actions ou de parts sociales par un époux commun en biens », J.C.P. 1944-I, éd. Not. 413; Paul GÉRAUD, *L'étendue de la capacité civile de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Bordeaux, 1948, n° 303; AUBRY et RAU, T. VIII, par ESMEIN, § 522, p. 319.

(46) PERROT, *op. cit.*, n° 109.

que par sa vente ou son utilisation. Il est vrai que certains auteurs avaient déjà admis que si la femme refusait de vendre ou d'utiliser ce droit, le mari, comme n'importe quel usufruitier, pouvait la faire condamner à le vendre (47). Cette solution déjà inacceptable pour un usufruitier ordinaire (on ne voit pas de quel droit il pourrait obliger le nu-propiétaire à vendre), l'est encore plus pour le mari dont le droit de jouissance n'est pas l'équivalent d'un usufruit et qui ne peut, même avec l'autorisation de justice, aliéner une valeur appartenant à sa femme; seule, une habilitation basée sur l'article 219 du Code civil est possible et elle vise l'hypothèse où la femme est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Il n'y a aucun moyen pour le mari de passer outre au refus même injustifié de son épouse d'utiliser le droit de souscription. Etant maîtresse absolue de ce droit, la femme peut très bien le laisser périmer; mais si elle décide de l'utiliser ou de le vendre, elle seule est qualifiée pour agir.

145. — Cependant, rarement, en pratique, la femme commune en biens pourra se passer de l'intervention de son mari car elle n'a pas qualité pour manier des deniers et par ses actes elle n'oblige ni la communauté ni le mari. Elle peut toutefois obtenir l'autorisation de justice basée sur l'article 217 pour engager la communauté de son propre chef (48). Une fois de plus, on constate que les lois de 1938 et de 1942 n'ont pas su assortir la capacité reconnue à la femme des pouvoirs indispensables pour qu'elle fût effective. En principe, maintenant, la femme a seule qualité pour souscrire aux augmentations de capital, mais, pratiquement, le mari doit toujours intervenir. Et, même, c'est à lui qu'appartient la décision, car les souscriptions d'actions devant être effectuées dans un laps de temps généralement réduit, la femme ne dispose pas du temps nécessaire pour recourir à la justice contre un refus non justifié de son époux.

(47) JAUFFRET, *op. cit.*, p. 201; CHEVALIER, *op. cit.*, p. 149; BARATIN, « De l'exercice par le nu-propiétaire ou l'usufruitier d'actions, du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles émises contre espèces », *Rev. Soc.*, 1921, pp. 61 et suiv.; JAPIOT, « Droits respectifs du nu-propiétaire souscripteur d'actions nouvelles et de l'usufruitier », *Journ. Not.*, 1930, art. 36347; MICHEL, « Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire d'actions », *Rev. Soc.*, 1924, p. 140.

(48) Cf. *supra*, chap. I^{er}, sect. II, n^{os} 122 et suiv.; en ce sens : Douai, 19 février 1943, *préc.*, et la note FRÉJAVILLE; SAVATIER, J.C.P. 1943-I-413, n^o 7 b et 13; CHARRON, G.P. 1947, *Doctr.*, p. 25; MICHENET, J.C.P. 1947-I, éd. *Not.* 722, n^{os} 29 et 30; Claude DES CHARRONS, *Rev. Impôts et Sociétés*, novembre 1953, p. 2637, n^o 2; AUBRY et RAU, T. VIII, par ESMEIN, § 522, texte et note 10-9; PERROT, *op. cit.*, n^o 109 et suiv.; Paul GÉRAUD, *op. cit.*, n^o 303.

**B. — SORT DES ACTIONS SOUSCRITES EN VERTU
D'UN DROIT DE PRÉFÉRENCE.**

146. — Lorsqu'elles ont été entièrement libérées à l'aide de réserves sociales, les actions nouvelles revêtent le même caractère que les actions anciennes. Les réserves ne constituent ni des fruits accumulés (49), ni des fruits capitalisés (50), car les bénéfices qui ont servi à les constituer ne présentent pas le caractère de périodicité caractéristique des fruits; elles sont des capitaux directement constitués, formant une véritable épargne sociale mise de côté dans l'intérêt de l'exploitation de la société (51). Les titres que l'associé possédait lui donnaient vocation non pas seulement à une fraction du capital social, mais à une fraction de l'actif entier de la société. Lorsqu'à l'aide de réserves, la société émet de nouveaux titres ou même simplement élève le montant nominal des anciens titres, il y a simplement modification de la représentation des droits de l'associé sans attribution d'un avantage pécuniaire. En conséquence, les titres nouveaux ont obligatoirement la même nature juridique que les anciens, ils sont propres si l'action ancienne était propre, communs si l'action ancienne faisait partie de l'actif de la communauté (52).

147. — Plus délicat à déterminer est le sort des actions nouvelles souscrites à l'aide d'un droit préférentiel de souscription et de deniers empruntés à la communauté. Cette hypothèse se réalisera nécessairement à toutes les augmentations de capital car la société émettrice ne se contentera pas de l'engagement personnel de la femme et exigera le concours du mari au paiement du prix de la souscription.

Bien que le problème soit déjà ancien, il n'est pas encore élucidé. En effet, le Code civil ne contient aucune disposition à ce

(49) *Contra* : THALLER, « Amortissement et fonds de réserve », *Ann. dr. com.*, 1895, pp. 241 et suiv.; ROUSSEAU, « Rapport sur les inventaires, bilans et réserves », *Bull. Soc. d'études législ.*, 1918, p. 338; Trib. Lunéville, 10 juin 1882. *Rev. Enreg.*, 1883, p. 285; Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 3 avril 1925, G.P. 1925-II-195.

(50) *Contra* : VAVASSEUR, *Traité des sociétés*, T. I, n° 609; Grenoble, 20 mars 1876, sous Cass. req., 14 mars 1877, S. 1878-I-5.

(51) Bordeaux, 5 juillet 1870, D. 1871-II-174; Cass. req., 14 mars 1877, S. 1878-I-6; Bruxelles, 29 mai 1885, D. 1885-II-276; Cass. civ., 5 février 1890, D. 1890-I-300, S. 1893-I-471; Paris, 4 avril 1901, *Rép. prat. not.*, 1901, p. 257; Trib. civ. Seine, 1^{er} avril 1922, D. 1923-II-45; note H.L. sous Trib. civ. Seine, 28 mars 1930, *Journ. Soc.*, 1931, art. 3855; note BASTIAN au *Journ. Soc.*, 1950, p. 67; Jean PERROT, *op. cit.*, n° 163.

(52) Cass. req., 24 juin 1903, D. 1904-I-591; Caen, 22 octobre 1946, G.P. 1946-II-267; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 419; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 318; AUBRY et RAU, par ESMEIN, T. VIII, § 522, p. 317; SAVATIER, J.C.P. 1944-I-413, n° 14; KAYSER, « Les augmentations de capital des sociétés et le caractère des nouveaux droits sociaux dans le régime de la communauté d'acquêts », J.C.P. 1949-I-800, n° 3 et 6, et note sous Agen, 21 juin 1950, au J.C.P. 1951-II-6326; Claude DES CHARRONS, *Rev. Impôts et Sociétés*, novembre 1953, pp. 2637 et suiv.; PERROT, *op. cit.*, n° 169.

sujet et cela s'explique par le peu de considération que le législateur de 1804 avait pour la fortune mobilière, *res mobilis, res vilis*. Pour résoudre le problème, il est donc nécessaire de faire appel aux principes généraux.

L'action nouvelle représente deux éléments, le droit préférentiel de souscription et les deniers fournis par la communauté. Le premier élément fait partie de la fortune personnelle de l'époux déjà propriétaire des actions anciennes car ce droit est une valeur de capital représentative d'une quote-part de l'actif social. Il constitue donc une fraction de l'action démembrée dont il se dissocie pour s'agglomérer au titre nouveau et il participe de ce fait au caractère de l'action ancienne (53). L'action nouvelle se trouve donc composée d'un élément propre et d'un élément commun. Il s'agit de déterminer lequel des deux a un caractère prépondérant.

148. — Une première solution consiste à faire du droit préférentiel de souscription l'élément principal et à considérer l'action nouvelle comme accessoire des titres anciens. Quelle que soit la part contributive de la communauté, l'action nouvelle a toujours le caractère propre comme l'action ancienne (54). C'est à cette solution que se rallie l'avant-projet de Code civil dans son article 386, alinéa 11 (55) : « Les valeurs nouvelles acquises en vertu du droit de souscription afférent à une valeur propre restent également propres sauf récompense s'il y a lieu. » Cette théorie est une application de la conception extensive de la notion d'accession donnée tant par la doctrine que par la jurisprudence à partir de la fin du XIX^e siècle (56). Les actions nouvelles ne constituent qu'une simple plus-value des actions anciennes, une extension, un accroissement de ces actions, et les sommes versées par la communauté un capital complémentaire.

(53) Cass. req., 25 juin 1903, préc.; Cass. civ., 18 décembre 1935, S. 1937-I-57; Trib. civ. Seine, 10 mars 1937, S. 1938-II-73, note DURAND, *Journ. Soc.*, 1937, p. 476; Cass. civ., 6 octobre 1941, D.A. 1942, J. 33; Trib. civ. Seine, 19 juillet 1945, S. 1946-II-65, avec les conclusions de M. le substitut GÉCOUT; LENOAN, « De la condition des actions de sociétés nominatives propres de la femme sous le régime de la communauté et l'exercice du droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles », *Rev. trim. dr. civ.*, 1922, pp. 356 et suiv.; Claude DES CHARRONS, *Rev. Impôts et Sociétés*, novembre 1953, p. 2640, n° 15; KAYSER, J.C.P. 1949-I-800, n° 1 à 6; REDAUD, *op. cit.*, p. 422; MARTIN, *op. cit.*, p. 80; PERROT, *op. cit.*, n° 42.

(54) PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 419; BARATIN, *Rev. Soc.*, 1921, pp. 62 et suiv.; WAHL, *Journ. Soc.*, 1925, pp. 129 et suiv., n°s 17 à 20; CROIZAT, *op. cit.*, pp. 195-196; PAVES, *op. cit.*, pp. 67 et suiv.; CHEVALIER, *op. cit.*, n° 142 et suiv.; REDAUD, *op. cit.*, n° 381; JAUFFRET, *op. cit.*, p. 214; AMIAUD, *Traité formulaire du notariat*, T. III, V° Partage, n° 1066; PINSON, *Rép. prat. not.*, 1951, art. 26951; Pierre JAUBERT, *Les propres mobiliers dans la communauté légale*, thèse Bordeaux, 1942, n° 98.

(55) *Avant-projet de Code civil*, édité à la Librairie Sirey, 1955, p. 276.

(56) Cf. *supra*, le début de la sect. II du chap. II.

A l'appui de cette thèse, les auteurs invoquent un arrêt de la chambre des requêtes du 24 juin 1903 (57). La Société du Gaz de Rouen avait procédé à une augmentation de son capital social en émettant des actions nouvelles d'un nominal de 500 francs, libérées pour une valeur égale à la moitié à l'aide des réserves sociales. Un sieur Danmanville, marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts et déjà propriétaire d'actions de cette société, avait souscrit à l'augmentation de capital en payant avec des deniers communs. Après sa mort, sa femme prétendit que les actions souscrites avaient le caractère de biens communs comme libérées en partie avec des deniers communs et par application de l'article 1498. Après la Cour d'appel de Rouen, la chambre des requêtes de la Cour de cassation la débouta au motif que « l'usage par le mari d'un droit de souscription qui lui était personnel n'avait fait qu'accroître des biens qui lui étaient propres et la circonstance qu'il avait pris sur la communauté d'acquêts la somme nécessaire pour compléter sa souscription, si elle donnait ouverture à récompense, ne pouvait avoir pour effet d'attribuer à cette communauté la propriété des actions issues des titres primitifs et pour partie de leurs produits capitalisés sur lesquels elle n'avait aucun droit. »

La chambre des requêtes fait une application pure et simple de la théorie de l'accession et notamment des articles 546 et 551 du Code civil. Les actions nouvelles s'adjoignent aux actions anciennes de la même manière que les constructions élevées durant le mariage sur un terrain nu appartenant personnellement à l'un des époux. Le droit de souscription a la même nature juridique que l'action ancienne et, par le canal de ce droit, l'action souscrite accroît au titre ancien.

(57) Cass. req., 24 juin 1903, D. 1904-I-591, S. 1911-I-361, en sous-note, *Journ. Soc.*, 1905, p. 249. En ce sens : Trib. civ. Valenciennes, 18 novembre 1925, G.P. 1926-I-213, *Rép. prat. not.*, art. 21106; Paris, 22 février 1930, S. 1930-II-100, *Rép. prat. not.*, art. 22505; peut-être aussi Douai, 19 février 1943, D.C. 1943, J. 98; cf. la note FRÉJAVILLE sous cet arrêt; Agen, 18 janvier 1950, affaire de Balorre, G.P. 1950-I-225, observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 281, et sur opposition du mari à cet arrêt rendu par défaut : Agen, 21 juin 1950, J.C.P. 1951-II-6326, note KAYSER. Cet arrêt déclare : « Les actions acquises en vertu d'un droit de préemption propre à l'un des époux doivent être considérées comme des propres, car elles ne représentent qu'un accroissement du titre original, acquis en vertu d'un droit propre attaché à la qualité de propriétaire de l'action ancienne, et ce alors même que l'époux ait pris sur la communauté d'acquêts la somme nécessaire pour compléter la souscription. » Il est d'ailleurs intéressant de noter une différence importante entre l'arrêt rendu par défaut et celui rendu sur opposition du mari. Le premier ne contient pas de restrictions et considère dans tous les cas les actions nouvelles comme propres. Le second réserve l'hypothèse où le droit préférentiel de souscription « n'a représenté qu'une valeur infime par rapport à la somme à décaisser par la communauté ». Et il nomme un expert pour évaluer ce droit.

En réalité, il y a une erreur certaine dans le raisonnement. Pour qu'il y ait accroissement d'un bien, il est indispensable qu'un autre bien s'incorpore à lui et perde son individualité (58). Si deux biens, même complémentaires, restent séparés et continuent à pouvoir faire l'objet de droits de propriété distincts, il ne peut être question de les attribuer au même titulaire. Or, les actions nouvelles, à l'égal des terrains contigus à des propres, sont des biens distincts des actions anciennes et ne peuvent être considérées comme accessoires à ces dernières (59). Ce qui est l'accessoire nécessaire des titres anciens, c'est le droit préférentiel de souscription et lui seul. Il serait, d'ailleurs, tout aussi erroné de dire que les actions nouvelles constituent un accroissement du droit de préemption lui-même car, à l'intérieur de ces actions, il n'y a pas union matérielle du droit de souscription et du montant de la souscription, mais, comme le note M. Kayser (60), il y a « acquisition d'actions nouvelles » au moyen de ces deux éléments.

149. — Doit de même être rejetée la théorie qui fait dépendre le sort de l'action souscrite de la personne qui a exercé le droit de souscription. Cette solution a pourtant été adoptée par le Tribunal civil de Caen le 22 octobre 1946 (61). Ce jugement décide que les actions nouvelles souscrites par le mari avec des fonds communs au moyen de droits attachés à des titres propres à la femme tombent en communauté sauf récompense égale au montant du droit de souscription, mais qu'à l'inverse, les titres nouveaux souscrits par la femme elle-même, exerçant un droit préférentiel attaché à ses actions propres, sont des propres, au motif que « si la femme ne peut se constituer des propres au détriment de la communauté, il lui est toujours loisible de le faire dès l'instant qu'elle l'indemnise de ses avances. »

La solution adoptée par le Tribunal civil de Caen met bien en relief l'impossibilité rencontrée par les lois de 1938 et de 1942 d'octroyer une capacité réelle à la femme commune en biens. Celle-ci a bien la capacité de souscrire seule aux augmentations de capital mais elle n'a pas le pouvoir d'engager la communauté au paiement de la dette, elle ne s'oblige que sur ses biens personnels. Dès lors, ne serait-il pas normal que les actions nouvelles souscrites par la femme fassent partie de son patrimoine personnel ? Nous avons déjà signalé qu'en l'état actuel des textes, toute acquisition réalisée par l'un quelconque des époux tombe en communauté sauf exceptions limitatives (62). Il faut aussi signaler

(58) Cf. *supra*, § 1, n° 139, et notamment Douai, 26 janvier 1948, préc.

(59) Note KAYSER, préc.; MARTIN, *op. cit.*, pp. 91 et suiv.

(60) Note KAYSER, préc.

(61) Trib. civ. Caen, 22 octobre 1946, G.P. 1946-II-267, observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1947, p. 48; en ce sens : Douai, 19 février 1943, préc. (solution implicite).

(62) Cf. *supra*, n° 107 et suiv.

que la distinction établie par le Tribunal civil de Caen est viciée dans sa source même car le mari ne dispose pas — sauf habilitation basée sur l'article 219 du Code civil, auquel cas il ne ferait que représenter son épouse — du droit de souscrire aux augmentations de capital lorsque les actions conditionnant le droit de préemption appartiennent à la femme.

150. — Faut-il alors décider qu'inéluctablement les actions nouvelles auront un caractère commun ? De nombreux auteurs le pensent (63) et ils s'appuient sur un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 18 décembre 1935 (64). Un sieur Renard, marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, était propriétaire de 45 actions de l'Union Commerciale et, lors d'une augmentation de capital, avait souscrit, avec des deniers communs, 90 actions nouvelles, utilisant le droit de préemption attaché aux titres qu'il possédait. La Cour de Paris, appelée à statuer sur cette affaire, reprenant les motifs de l'arrêt de la chambre des requêtes du 24 juin 1903, fit application de la théorie de l'accession. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, le cassa pour violation des articles 1401 et 1498 du Code civil, tout en admettant que le droit de souscription constitue un accroissement des titres auxquels il est attaché : « Attendu, dit cet arrêt, que sans doute le droit conféré à des actionnaires d'acquérir, s'ils le jugent bon, un nombre déterminé d'actions créées par augmentation de capital, prend le caractère propre ou commun des actions anciennes dont il constitue l'accessoire, mais que les titres eux-mêmes, achetés en vertu de ce droit de préemption, moyennant des sommes d'argent sorties toutes de la caisse de la communauté, ne sauraient échapper à la règle de l'article 1498 qui attribue à la communauté les biens acquis à titre onéreux et autrement qu'en remploi durant le mariage. »

L'action nouvelle serait, en principe, indépendante du droit de souscription car elle conserve sa genèse propre, ses éléments essentiels ; le montant de la souscription étant versé, le souscripteur devient alors associé au même titre que l'actionnaire d'origine avec droit de vote, droit aux dividendes, droit à une quote-part de

(63) RADOUANT, note au J.C.P. 1942-II-1794 ; LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, p. 168, *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 180 ; SAVATIER, J.C.P. 1944-I-413, n° 14 ; CHARRON, G.P. 1947, Doctr. p. 25 ; KAYSER, note au J.C.P. 1951-II-6326 ; DACHER, *De la priorité de souscription dans les émissions de titres*, thèse Paris, 1913, p. 144, n° 60 ; PIFFRE DE VAUBAN, *op. cit.*, pp. 62 et suiv. ; DECUJIS, *Journ. Soc.*, 1922, pp. 49 et suiv. ; MARTIN, *op. cit.*, pp. 110 et suiv. ; PERROT, *op. cit.*, n° 60 et suiv. ; Maurice BARLE, *Le banquier et la femme mariée*, thèse Alger, 1948, p. 149 ; André COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1953, n° 72.

(64) Cass. civ., 18 décembre 1935, J.C.P. 1936, p. 476, note MOREAU, D.P. 1936-I-133, note FRÉJAVILLE, S. 1937-I-57, note P. DURAND, G.P. 1936-I-346, *Journ. Soc.*, 1937, p. 485, note CHARRON, observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, p. 168.

l'actif social à la dissolution de la société. On pourrait même aller plus loin et dire (65) que le droit de souscription est l'accessoire de l'action nouvelle qui s'enrichit de la quote-part des réserves sociales représentées par ce droit. Il y a accroissement automatique et immédiat de ce droit au profit de l'action nouvelle qui, conformément à la règle qui fait tomber en communauté les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage, vient augmenter l'actif commun.

En réalité, comme la thèse qui attribuait dans tous les cas le caractère propre aux actions nouvelles, la théorie qui les fait entrer en communauté se condamne elle-même par son intransigeance. On sacrifie la masse commune quand on considère les titres souscrits comme entrant toujours dans le patrimoine personnel de l'époux souscripteur, sauf récompense à la communauté du montant de la souscription; à l'inverse, on sacrifie le patrimoine propre de l'époux lorsqu'on considère les actions nouvelles comme communes dans tous les cas, sauf une créance sur la communauté équivalente à la valeur du droit de souscription. On sait ce que vaut en période de dépréciation monétaire un droit à récompense : son titulaire se trouve toujours lésé et subit un appauvrissement non voulu par les règles du régime de communauté.

151. — La solution la plus équitable consisterait, certes, à attribuer à l'action nouvelle un caractère mixte, propre dans la proportion de la valeur du droit de souscription, commune pour la valeur fournie par le patrimoine commun. Envisagée par plusieurs auteurs (66), elle a, cependant, avec raison, été repoussée par eux à cause de ses inconvénients pratiques et de l'hostilité marquée du législateur pour ce régime. Particulièrement, à propos des actions souscrites, il en résulterait des complications inextricables lors des augmentations de capital ultérieures, le droit préférentiel de souscription étant alors à la fois propre et commun; si plusieurs augmentations de capital intervenaient, il serait impossible de dire dans quelle mesure les actions nouvelles seraient propres ou communes.

152. — En définitive, le tort de toutes les opinions envisagées précédemment est d'avoir méconnu la ligne directrice dégagée par la Cour de cassation en la matière et d'avoir extrapolé des solutions d'espèces pour en faire sortir une règle générale susceptible d'appuyer la solution proposée. Il est nécessaire de ne pas étudier chaque arrêt en lui-même, mais de le replacer dans l'ensemble de la jurisprudence. Loin de se contredire, les arrêts de la Cour de

(65) PERROT, *op. cit.*, n° 62.

(66) MARTIN, *op. cit.*, pp. 84 et suiv.; COLOMER, *op. cit.*, pp. 77-78; KAYSER, au J.C.P. 1949-I-800, n° 8, et note sous Agen, 21 juin 1950, au J.C.P. 1951-II-6326.

cassation dégagent alors une solution harmonieuse, la plus équitable qu'il soit possible de trouver.

Si l'arrêt de la chambre des requêtes du 24 juin 1903 (67) a déclaré propres les actions souscrites c'est parce que leur libération n'avait pas été principalement effectuée avec des sommes payées par la communauté, mais jusqu'à concurrence de la moitié, par prélèvement sur les réserves sociales incorporées au capital des titres anciens. Il n'est que de relire cet arrêt pour s'apercevoir combien la Cour de cassation prend soin d'insister sur cette circonstance : « Le sieur Danmanville a souscrit jusqu'à concurrence de 250 francs au moyen du capital des réserves de la société... des actions issues des titres primitifs et pour partie de leurs produits capitalisés. »

La Cour de cassation, le 18 décembre 1935 (68), a déclaré communes les actions nouvelles parce que les versements avaient été effectués intégralement par la communauté. L'arrêt note en y insistant que les titres étaient achetés « moyennant des sommes d'argent sorties toutes de la caisse de la communauté d'acquêts » (69).

Enfin, la pensée de la Cour suprême se trouve nettement exprimée dans un arrêt du 6 octobre 1941 (70) rendu à propos de l'affaire « de Balorre », désormais célèbre. Les titres souscrits, sont tantôt propres tantôt communs, selon qu'ils ont été payés principalement à l'aide de fonds pris sur les réserves sociales ou avec des deniers communs. L'arrêt précise, en effet, qu'il doit être tenu compte de la valeur du droit de souscription. Par cette affirmation, la chambre civile n'a certainement pas voulu viser un droit à récompense au profit de l'époux souscripteur, elle a consacré le principe suivant lequel il fallait tenir compte de la valeur du droit de souscription pour déterminer le sort des actions nouvelles.

De ces trois arrêts de la Cour de cassation, il est possible de dégager les règles suivantes, déjà énoncées par M. Fréjaville en 1936 (71) : lorsque les actions nouvelles ont été entièrement libérées avec des réserves sociales, elles sont propres à l'époux sous-

(67) Cass. req., 24 juin 1903, préc.

(68) Cass. civ., 18 décembre 1935, préc.

(69) Sur la liaison entre l'arrêt de 1903 et l'arrêt de 1935, voir FRÉJAVILLE, note au D.P. 1936-I-131; DURAND, note au S. 1937-I-57; RADOUANT, note au J.C.P. 1942-II-1794; MARTIN, *op. cit.*, pp. 49 et suiv.; *contra* : parlant d'un revirement jurisprudentiel, CHARRON, note au *Journ. Soc.*, 1937, art. 4432, pp. 476 et suiv.; observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, p. 168.

(70) Cass. civ., 6 octobre 1941, D.A. 1942-33, J.C.P. 1942-II-1794, note RADOUANT, observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1942, p. 192.

(71) Note FRÉJAVILLE au D.P. 1936-I-133; dans le même sens : RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 318; AUBRY et RAU, par ESMEIN, T. VIII, § 522, p. 318; note P. DURAND au S. 1937-I-57; KAYEER, J.C.P. 1949-I-800, n° 8; il faut noter que ce dernier auteur est revenu sur cette opinion dans sa note au J.C.P. 1951-II-6326, où il se déclare partisan de l'entrée en communauté des actions nouvelles; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 475.

cripteur; à l'inverse, si les fonds communs ont servi à payer la totalité des actions, celles-ci, en vertu de l'article 1498 du Code civil, tombent dans le patrimoine commun; enfin, lorsque les actions nouvelles sont libérées partie à l'aide des réserves sociales incluses dans le droit préférentiel de souscription et partie avec des deniers communs, les principes de l'accession trouvent à s'appliquer : il importe alors de déterminer la valeur respective de ces deux éléments et, suivant l'importance de chacun, les actions nouvelles seront propres ou communes dans leur totalité. Le patrimoine appauvri aura droit, à la dissolution de la communauté, à une récompense qui sera égale à la perte subie. Il existe un cas limite, celui où l'action nouvelle a été libérée grâce à un droit de souscription et des deniers communs d'une égale valeur. A première vue, il est tout aussi logique de déclarer les actions propres que communes. Cependant, à notre avis, le principe qui fait tomber en communauté les biens acquis à titre onéreux durant le mariage doit prévaloir car il ne faut pas oublier que, de par sa nature même, la communauté a une vocation générale à s'accroître de toutes les acquisitions réalisées par les époux.

III. — Les clauses d'annexes de propres.

153. — Devant les restrictions apportées par la jurisprudence au jeu de l'accession sous le régime de communauté, la pratique notariale a imaginé une clause, dite « clause d'annexes de propres », tendant à exclure de l'actif commun non pas seulement les biens qui s'incorporent aux propres et perdent leur individualité, mais aussi ceux qui constituent de simples accroissements (72). Cette clause a pour but de substituer à la notion juridique d'accession dégagée par la jurisprudence, une notion plus large d'accession économique; elle évite qu'à la dissolution du ménage, un bien acheté avec des deniers communs pour servir de dépendance à un propre puisse en être détaché sans le consentement de l'époux propriétaire du propre. Elle est particulièrement intéressante pour la femme commune en biens qui désire renoncer à la communauté et qui, sans cette clause, perdrait définitivement tout droit sur l'annexe.

154. — La clause d'annexes de propres peut être rédigée de deux manières. Elle peut, tout d'abord, revêtir la forme d'une stipulation de propres. Dans ce cas, les futurs époux stipulent dans leur contrat de mariage que les biens acquis à titre onéreux durant le mariage, pour servir d'annexes ou de dépendances

(72) Sur la clause d'annexes de propres, voir notamment : DALIMIER, « Les clauses d'annexes de propres et les clauses de prélèvement à titre onéreux dans les contrats de mariage », J.C.P. 1953-I, éd. Not. 1068; note NAST sous Trib. civ. Laval, 25 janvier 1939, D.P. 1939-II-60; A. RAISON, « La clause d'annexes de propres dans la communauté d'acquêts », *Journ. Not.*, 1942-273.

à un propre auront eux-mêmes ce caractère dès l'acquisition, à condition que l'époux acquéreur indique le but poursuivi au moment de son achat dans l'acte lui-même. L'époux propriétaire de l'annexe s'engage à rembourser à la communauté la valeur de la somme déboursée pour l'achat de cette annexe.

Rédigée de cette façon, la clause est certainement licite car, si l'article 1395 du Code civil interdit aux époux de modifier les règles de leur contrat de mariage au cours du régime, il ne fait pas de doute qu'avant la célébration du mariage, les futurs conjoints peuvent combiner les divers régimes comme ils l'entendent; le principe de la liberté des conventions matrimoniales leur permet de modifier la composition active de la communauté et la clause est licite au même titre que celle qui exclut de l'actif commun un office ministériel ou un fonds de commerce (73). D'ailleurs, loin d'introduire dans le régime de communauté des principes séparatistes, la stipulation de propres, selon l'expression de M. Dalimier (74), « procède d'un état d'esprit simplement correcteur des excès communautaires que risque d'engendrer une société d'acquêts dans un cadre économique à prédominance mobilière. »

La clause de stipulation de propres est avantageuse pour la femme commune en biens car, faisant entrer le bien acquis dans son patrimoine dès l'achat, elle le soustrait par ce fait même aux pouvoirs du mari et aux droits des créanciers communs. Elle évite, d'autre part, que l'époux qui profite de l'annexe fasse un enrichissement injuste, car l'annexe étant propre durant le mariage, cet époux profite des gains mais subit aussi les moins-values qui peuvent se produire.

Ce sont à n'en pas douter ces avantages qui ont amené les rédacteurs de l'avant-projet de Code civil à en faire une règle générale inscrite dans l'article 385 de cet avant-projet : « Les biens acquis à titre d'accessoires ou d'annexes d'un bien propre sont propres sauf récompense s'il y a lieu » (75). Cette solution procède d'une tendance très nette de l'avant-projet à vouloir étendre les patrimoines propres au détriment de l'actif commun. Il faut d'ailleurs noter que les rédacteurs de l'avant-projet n'avaient pas besoin de préciser dans l'article 386, alinéa 2, que les actions souscrites en vertu d'un droit de préférence constituaient toujours des propres, car, étant donné les termes généraux de l'article 385,

(73) Sur la licéité de la clause d'annexes de propres : Paris, 27 février 1933, G.P. 1935-I-14, en sous-note; Trib. civ. Lisieux, 21 novembre 1934, G.P. 1935-I-11, S. 1939-II-102; Trib. civ. Laval, 25 janvier 1939, D.P. 1939-II-60, note NAST, S. 1939-II-102, note H.L., *Journ. Not.*, 1939, art. 40-168, note RAISON; Trib. civ. Chartres, 3 avril 1945, J.C.P. 1946-II, éd. Not. 3237, note DEBÈSE; Amiens, 9 novembre 1954, G.P. 1955-I-6.

(74) DALIMIER, *préc.*, n° 1.

(75) *Avant-projet de Code civil*, p. 276.

cette dernière hypothèse s'y trouvait déjà incluse, les auteurs (76) admettant que lorsque le contrat de mariage contient une clause de stipulation de propres, les actions nouvelles font partie de l'actif propre.

On ne saurait, cependant, pousser trop loin les avantages de la clause qui, entendue trop largement, aboutit à vider la communauté au profit des patrimoines propres. Pour se rendre compte jusqu'où la notion d'annexes peut aller, il n'est que de lire les jugements rendus en la matière qui déclarent propres non seulement les fonds qui forment un tout avec le bien propre, mais aussi ceux qui « l'avoisinent » (77). Un tel effet n'est pas de l'intérêt de la communauté ni, par le fait même, de l'intérêt des époux. La communauté a pour raison d'être d'assurer les besoins du ménage, son but n'est pas de permettre l'enrichissement des patrimoines propres. A étendre la portée de la clause, on risque de supprimer le crédit des époux, car les créanciers hésiteront à traiter avec le chef de la communauté, de peur de ne pas avoir de garanties suffisantes.

Enfin, la clause de stipulation de propres n'accorde à la femme aucun pouvoir supplémentaire. Le régime de communauté, tel qu'il existe actuellement avec une prépondérance absolue du mari, empêche la femme d'acquérir seule des annexes de propres. Pour pouvoir payer son achat ou fournir un gage suffisant au vendeur, celle-ci doit se munir du consentement du chef de la communauté.

En résumé, la clause de stipulation de propres est loin de présenter les avantages qu'on veut bien lui octroyer, et elle est en contradiction avec les principes supérieurs du régime de communauté qui impliquent une mise en commun des gains et économies des époux.

155. — Plus critiquable encore est la deuxième forme de la clause d'annexes de propres, et pourtant c'est elle qui est la plus répandue dans la pratique notariale (78). Elle consiste le plus souvent en une stipulation de prélèvement facultatif de l'annexe sur la masse commune après la dissolution du ménage : les époux, en reprenant en nature leurs immeubles propres, ont la faculté de prélever les biens contigus ou voisins de leurs propres, à charge de rembourser à la communauté le prix versé pour l'acquisition. Certes, cette stipulation lèse moins les créanciers du ménage que la précédente, car l'acquisition fait partie de la communauté tant que dure le mariage, mais elle est contraire aux intérêts de la

(76) MARTIN, *op. cit.*, pp. 158 et suiv. notamment.

(77) Trib. civ. Lisieux, 21 novembre 1934, *préc.*; cf. aussi la formule très compréhensive du jugement rendu par le Trib. civ. de Laval le 25 janvier 1939, *préc.*

(78) DEFRENOIS, *Rép. prat. not. et enreg.*, 1934-II, « Formules d'actes », p. 25.

femme, car sa réalisation dépend uniquement de la volonté du mari qui peut vendre le bien avant la dissolution.

Surtout, elle constitue un avantage inadmissible pour le conjoint qui en bénéficie, car celui-ci ne se prévautra de la clause que si l'acquisition se révèle avantageuse. Au cas contraire, il laissera l'acquisition à la communauté qui supporte donc les moins-values sans pouvoir bénéficier des profits. Cela est si vrai que la jurisprudence considère la clause d'annexes de propres rédigée sous cette forme comme un avantage matrimonial susceptible de déchéance pour l'époux aux torts duquel le divorce ou la séparation de corps est prononcée (79). En effet, selon l'opinion la plus répandue en doctrine (80), et confirmée par la jurisprudence (81), la déchéance prononcée par l'article 299, alinéa 1, du Code civil s'étend non seulement aux libéralités, soit expresse, soit indirectes ou déguisées, mais encore aux conventions à titre principalement onéreux par lesquelles un époux bénéficie d'un traitement plus favorable que l'autre.

En définitive, la clause d'annexes de propres rédigée sous forme de stipulation de propres, ou de prélèvement facultatif, apparaît comme contraire à l'esprit communautaire. Aussi est-ce à tort que l'avant-projet a entendu généraliser cette solution. Il eut mieux valu confirmer la jurisprudence qui s'est dégagée à propos des accroissements de propres, jurisprudence qui avait su concilier les intérêts des époux tout en sauvegardant l'esprit qui préside au régime de communauté.

SECTION III

LES PROPRES PAR SUBROGATION RÉELLE

156. — Depuis le Code civil, la notion de subrogation réelle a subi une évolution intéressante qui ne devait pas manquer d'avoir d'importantes répercussions sous le régime de communauté (82). La théorie classique, construite dans l'ancien droit par Renusson, Lebrun et Pothier (83), fut reprise, après 1804, par Aubry et

(79) Cass. civ., 19 mars 1952, J.C.P. 1952-II-6935; en ce sens, note VOIRIN sous Paris, 20 janvier 1948, au J.C.P. 1948-II-4238; *contra* : Paris, 20 janvier 1948, préc., cassé par Cass. civ., 19 mars 1952.

(80) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. I, n° 209; AUBRY et RAU, 5° éd., T. VII, § 480; BEUDANT, *Donations et testaments*, T. I, n° 10.

(81) Paris, 27 mars 1919, D. 1920-II-80; Montpellier, 25 février 1935, S. 1935-II-154; Poitiers, 3 février 1936, D.H. 1936-215.

(82) Sur l'évolution de la théorie de la subrogation réelle, voir notamment Marc LAURIOL, *La subrogation réelle*, thèse Alger, 1952, T. I, pp. 8 et suiv.

(83) RENUSSON, *Traité des propres*, chap. I^{er}, sect. X; LEBRUN, *Traité des successions*, livre II, chap. I^{er}, sect. I; POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 197.

Rau (84). Cette théorie s'exprimait en deux adages devenus célèbres : « *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii* » et « *In judiciis singularibus pretium non succedit loco rei nec res loco pretii* » ; dans une universalité, la subrogation fonctionne de plein droit ; pour les objets isolés, elle ne fonctionne qu'en présence d'un texte l'admettant ou d'une règle précise de la coutume. L'application de la subrogation réelle sous le régime de communauté ne pouvait, dès lors, se concevoir que dans les deux seuls cas prévus par le Code civil, à savoir l'échange et le remploi, et c'est ce que décidait la jurisprudence en n'admettant l'exception à la chute des acquêts en communauté que « pour les immeubles qui, en vertu d'une *fiction* de subrogation réelle, sont substitués à des propres de communauté avec la même qualité de propres, soit par voie d'échange, soit par voie de remploi » (85).

En raison de ses insuffisances et de son manque de base — l'idée de fiction ne saurait justifier la subrogation réelle — cette conception ne devait pas tarder à disparaître pour faire place à une théorie moderne étendant le champ d'application de la subrogation réelle. Une première tentative, ébauchée par Saleilles en 1894 (86), fut faite par Demogue, Planiol et Henry (87) : sur le plan théorique, elle tend à rationaliser la subrogation en la dégageant des concepts classiques, et, sur le plan pratique, elle vise à en assouplir le jeu. Pour cela, ces auteurs ont surtout recours à l'idée d'affectation et, accessoirement, à celle d'obligation de restitution : elle a lieu chaque fois qu'une valeur est affectée à un but ou pour éviter l'enrichissement sans cause lorsque le bien d'autrui a été aliéné et remplacé par un autre bien. Peu importe dès lors qu'elle porte sur un ensemble de biens ou sur un bien isolé.

Estimant insuffisante cette tentative, Henri Capitant a essayé de renouveler la notion et le champ d'application de la subrogation réelle (88). « Toutes les fois, écrit-il, que certains biens se trouvent par la loi ou par la volonté des parties soumis à des règles juridiques spéciales, et forment ainsi un groupe séparé du reste du patrimoine, la subrogation intervient pour sauvegarder l'intégralité de cet îlot. » Notamment, sous le régime de communauté, les biens du ménage tendent, par l'effet de la présomption de communauté, à former une masse unique soumise aux pouvoirs du mari.

(84) AUBRY et RAU, 5^e éd., T. IX, § 575.

(85) Cass. civ., 26 juillet 1869, D. 1869-I-455.

(86) SALEILLES, note au S. 1894-II-185.

(87) DEMOCUE, *Rev. crit. législ. et jur.*, 1901, pp. 236 et suiv., 295 et suiv., 346 et suiv.; PLANIOL, note au D. 1902-I-33; HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse Nancy, 1913; voir aussi MAGNILLAT, *La subrogation réelle*, thèse Lyon, 1912.

(88) H. CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 1919, pp. 385 et suiv.

L'équilibre, certes, est rétabli à la dissolution par le jeu des récompenses, mais ce n'est qu'un pis-aller, car c'est un remède a posteriori. La subrogation réelle doit faire pièce à la théorie des récompenses, et, les biens personnels des époux formant un îlot séparé de la masse commune, elle devra fonctionner aussi souvent qu'il sera utile pour conserver l'intégralité des propres.

La jurisprudence s'est orientée elle-même dans ce sens par une interprétation très large des articles 1407 et 1434 du Code civil. En matière d'échange, par un arrêt du 18 décembre 1935 (89), la chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'en cas d'apport en société d'un fonds de commerce propre à l'un des époux, « l'opération par laquelle l'apporteur et la société s'étaient donnés respectivement le fonds de commerce contre des valeurs mobilières déterminées et les valeurs contre le fonds de commerce, avait eu pour effet, aux termes de l'article 1407, de faire entrer les titres dans le patrimoine du *de cuius* avec le même caractère de propres qui appartenait au fonds de commerce dont ils prenaient directement et immédiatement la place ». Or, un apport en société représenté par des titres mobiliers ne constitue pas un échange au sens juridique du mot (art. 1702 C. civ.), l'apporteur recevant en contrepartie du fonds de commerce seulement une créance sur l'actif de la société.

Plus importante encore est l'extension par la jurisprudence de la subrogation réelle en matière de remploi. Elle a tout d'abord abandonné le caractère formaliste de la double déclaration qui, d'après l'article 1434, devait être faite dans l'acte même d'acquisition. Désormais, il suffit que les circonstances « impliquent nécessairement la reconnaissance de l'origine des deniers et l'intention de faire un remploi » (90). Puis la Cour de cassation a admis que le caractère ostensible et manifeste du remploi n'était nécessaire que vis-à-vis des tiers; entre époux, il peut résulter d'un simple accord de volonté sans aucun élément de publicité, cet accord pouvant se concrétiser après l'acquisition et former un « remploi à retardement » (91).

Ayant ainsi esquissé le champ d'application de la subrogation réelle sous le régime de communauté, il importe maintenant de rechercher dans quelle mesure, tant à propos de l'échange que du remploi, la capacité de la femme mariée est susceptible de se manifester.

(89) Cass. civ., 18 décembre 1935, D.P. 1936-I-129, note FRÉJAVILLE.

(90) Cass. req., 11 mai 1931, S. 1932-I-41, note LYON-CAEN.

(91) Cass. req., 17 mai 1938, D.P. 1938-I-73, note E.P., S. 1939-I-137, note MOREL; Trib. civ. Metz, 22 mars 1951, *Rev. Als.-Lorr.*, 1952, p. 93; Cass. civ., 29 décembre 1952, *Bull. cass.*, 1952-I, p. 282, n° 343; Alfred COSTE-FLORET, « Le remploi à retardement sous le régime de communauté », *Rev. trim. dr. civ.*, 1942, pp. 169 et suiv.

I. — L'échange.

157. — Aux termes de l'article 1407 du Code civil, « l'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux n'entre point en communauté et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné sauf la récompense, s'il y a soulte ». En cas d'échange, la subrogation réelle s'opère de plein droit, car elle résulte clairement de l'opération; le bien acquis vient prendre directement la place du bien aliéné. Cependant, il arrive souvent que les deux biens aient une valeur inégale et qu'une soulte soit versée soit par le coéchangiste, soit par l'époux bénéficiaire de l'échange. C'est à ce double point de vue que doit être examinée la capacité de la femme commune en biens.

A. — CAPACITÉ ET POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS EN MATIÈRE D'ÉCHANGE.

158. — La possibilité pour la femme commune en biens de réaliser seule cette opération a été discutée; la plupart des auteurs qui assimilent le droit de jouissance du mari à un usufruit, ne lui reconnaissent que le pouvoir d'échanger la nue-propriété de ses propres. C'est ainsi que M. Voirin (92) a écrit : « La femme agissant seule a certainement le pouvoir d'échanger la nue-propriété d'un de ses propres contre un autre bien, lequel, en vertu de la subrogation réelle, lui sera acquis à titre de propre. Mais elle est sans pouvoirs quant à la jouissance; on ne concevrait pas qu'elle pût échanger la pleine propriété; en tout cas, l'opération dégénérerait en l'échange d'une nue-propriété et le coéchangiste, déçu par la découverte de la charge non déclarée et, par hypothèse, inconnue de lui lors du contrat, serait fondé à invoquer les articles 1626 et 1638 du Code civil en vue d'obtenir la résolution du contrat. »

159. — Cette conception procède d'une assimilation, maintes fois dénoncée, du droit de jouissance à un usufruit. La femme, capable, doit pouvoir échanger seule la pleine propriété de ses propres. On comprend que le droit de jouissance vienne réduire ses pouvoirs lorsque, par ses agissements, elle tend à diminuer les revenus qui servent à la subsistance du ménage. Mais lorsqu'elle échange un de ses propres, la femme modifie, certes, la composition de son patrimoine, mais elle ne réduit nullement le champ d'application du droit de jouissance : un bien remplace un autre bien dans son patrimoine; par cet échange, les revenus que procure celui-ci ne sont pas diminués mais, bien au contraire, le plus

(92) VOIRIN, « Le sort et les effets des acquisitions réalisées par la femme commune en biens sans l'intervention de son mari », J.C.P. 1944-I, éd. Not., 395, n° 10.

souvent augmentés, car, en réalisant un échange, elle vise à acquérir un bien plus intéressant pour elle et, dans la majorité des cas, son intérêt coïncide avec l'intérêt de la famille. D'ailleurs, s'il en était autrement, le chef de la communauté ne serait pas dépourvu de pouvoirs car, à notre avis, l'octroi à la femme de la pleine capacité civile doit entraîner, pour le mari, la possibilité de faire annuler les actes frauduleux de son épouse.

En matière d'échange, la théorie contraire à celle que nous proposons se révèle d'ailleurs désastreuse pour le ménage tout entier. La femme, ne pouvant donner à son coéchangiste qu'une « nue-propriété », n'obtiendrait de ce fait qu'un bien d'une valeur très faible. Certes, sur le moment, le droit de jouissance conserverait son intégralité et se trouverait même augmenté, car il porterait à la fois sur le bien échangé et sur le bien acquis. Mais cette solution aboutit, en fait, à la ruine de la femme, car, à la dissolution du ménage, le coéchangiste récupérera la totalité du bien alors que la femme n'aura droit qu'au bien acquis, forcément d'une valeur moindre que le bien échangé. Une telle interprétation contraire à l'équité n'est certainement pas commandée par les principes du régime de communauté. La solution la plus harmonieuse, qui n'est contredite par aucun texte du Code civil, consiste en la possibilité pour la femme commune en biens d'échanger la pleine propriété de ses propres. Mais une difficulté supplémentaire apparaît lorsque les biens échangés sont d'inégale valeur.

B. — L'ÉCHANGE AVEC SOULTE.

160. — Si le bien acquis est d'une valeur inférieure au bien échangé et qu'une soulte soit versée à la femme, la communauté en profitera seule, car l'argent, en tant que meuble consommable et fongible, entre en communauté. La femme n'aura droit qu'à une récompense à la dissolution du ménage.

Plus délicate est l'hypothèse inverse, lorsque le bien acquis a une valeur supérieure au bien échangé. La femme devra alors payer une soulte et, une fois de plus, nous rencontrons un obstacle presque insurmontable à sa capacité. On lui reconnaît — et combien difficilement ! — la possibilité d'agir sur la composition de son propre patrimoine, mais on lui interdit tout maniement de fonds, ce qui, pour chaque opération, aboutit à la rendre sans pouvoir. Pour payer la soulte, la femme doit se munir du consentement du mari ou, à défaut, recourir à l'autorisation de justice basée sur l'article 217. On n'insistera jamais assez sur le caractère inadéquat d'une telle solution qui aboutit à l'intervention de la justice chaque fois que la femme veut mettre en pratique sa capacité.

Lorsque le mari consent à fournir à la femme les deniers nécessaires au paiement de la soulte, le bien acquis par voie d'échange est composé de deux éléments : un élément propre égal à la valeur de l'immeuble échangé et un élément commun représentant la

valeur des deniers fournis par la communauté. La question se pose alors de savoir si l'article 1407 trouve encore à s'appliquer lorsque la soulte est importante et dépasse même la valeur de l'immeuble échangé. Ce problème a fait l'objet de nombreuses controverses en doctrine, dont l'intérêt se trouve renouvelé du fait de la dépréciation de la monnaie, et il importe de trouver une solution qui satisfasse l'intérêt de l'époux échangiste et celui de la communauté.

161. -- Les premiers commentateurs du Code civil ont étudié le texte de l'article 1407 en lui-même et ont considéré qu'il contenait une règle générale devant s'appliquer dans tous les cas, quelle que soit l'importance de la soulte (93). Ce faisant, ils s'appuyaient sur les travaux préparatoires du Code civil et notamment sur le rapport du tribun Duveyrier qui déclarait, le 19 pluviôse an XII (94) : « Lorsqu'un immeuble est acquis pendant le mariage à titre d'échange contre un autre immeuble appartenant à l'un des époux, cet échange ne produit pas un conquêt de communauté. L'immeuble acquis remplace dans la propriété l'immeuble aliéné; mais s'il y a soulte, comme elle est alors payée de deniers de la communauté, il est dû récompense à l'époux qui prend sa part de ces deniers dont l'autre a seul profité. »

Cette solution a comme avantage essentiel la netteté : dans tous les cas, le bien acquis par voie d'échange sera propre et, à la dissolution de la communauté, l'époux bénéficiaire devra une récompense égale au montant de la soulte. Mais cette théorie heurte directement les principes mêmes du régime de communauté et elle n'a jamais été consacrée par la jurisprudence; elle permet aux époux de se constituer arbitrairement des propres durant le mariage et, par suite, elle est contraire au principe énoncé dans l'article 1395 qui interdit aux époux non seulement de changer de régime, mais aussi de modifier les règles du régime adopté, telle que la composition des divers patrimoines. Or, sous le régime de communauté, s'il est toujours possible d'augmenter le patrimoine commun à l'aide de biens provenant des patrimoines propres, l'hypothèse inverse ne peut se réaliser qu'en présence d'un texte formel. Plus spécialement, en multipliant les opérations d'échange avec soulte, le mari pourrait augmenter à volonté son patrimoine personnel au détriment des droits de la femme. En outre, cette solution aboutirait à ruiner le crédit du ménage en diminuant le gage des créanciers communs, tout en lésant l'époux non bénéficiaire de l'échange, la communauté n'ayant droit, en période de dépréciation monétaire, qu'à une récompense qui ne correspond pas à la prestation fournie.

(93) HUC, T. IX, n° 116; LAURENT, T. XXI, n° 357; et, plus tard : BAUDRY-LACANTINIERE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. I, n° 373.

(94) LOCRÉ, *Législation civile et commerciale*, T. XIII, p. 301.

162. — La solution la plus équitable consisterait à donner au bien acquis un caractère mixte lorsque la soulte est importante : le bien serait propre dans la proportion de la valeur de l'immeuble échangé, commun pour le surplus. Cette opinion, admise par certains auteurs (95), a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 30 octobre 1950, confirmant un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 26 mars 1947 (96). Les faits étaient les suivants : en 1924, une dame Waljean avait cédé aux époux de Songeons, mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, 322 hectares de forêt évalués 90.000 francs contre plusieurs parcelles de terre propres à de Songeons d'une valeur de 20.000 francs. La soulte, 70.000 francs, avait été payée en deniers de communauté. De Songeons, décédé en 1941, avait institué comme légataires universels les Hospices civils de Lyon. Lors du partage de la communauté, des difficultés ayant surgi entre eux et la veuve au sujet de la nature juridique des biens acquis en 1924, la Cour d'appel d'Amiens décida que, la convention étant « mêlée de vente et d'échange », « les immeubles acquis étaient des acquêts de la communauté au prorata de la soulte prévue, c'est-à-dire à concurrence des 7/9^{es} ». La Cour de cassation confirma purement et simplement cette décision au motif qu'« il existe à la règle générale formulée par l'article 1407 du Code civil une limite naturelle qui est celle même de la notion d'échange », mais que cependant « la disproportion n'est pas telle que la notion de vente doive prévaloir pour le tout ».

D'après cette opinion, l'opération reste un échange tant que la soulte est minime, mais lorsque celle-ci devient considérable, l'acquisition présente alors un caractère mixte; enfin, si la soulte est tellement importante qu'elle forme la partie principale de l'opération, l'acquisition constitue un achat à titre onéreux dépendant en totalité de la communauté.

Cette théorie a été poussée jusqu'à ses conséquences extrêmes par un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 25 mai 1951 (97). Dans cette espèce, la soulte était inférieure à la valeur du bien échangé — elle ne représentait que les 2/5^{es} de la valeur de l'acquisition — et pourtant la Cour de Poitiers a déclaré que la propriété achetée avait un caractère mixte.

(95) André PITEUX, *De la défense pour les époux de se constituer arbitrairement des propres pendant la communauté*, thèse Paris, 1908, p. 81; André COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1953, n^{os} 67 et suiv.; note LENOAN au D. 1950, p. 753.

(96) Amiens, 26 mars 1947, J.C.P. 1948-II, éd. Not. 4526, note FERRÉ, G.P. 1947-II-75, S. 1947-II-135; Cass. civ., 30 octobre 1950, J.C.P. 1951-II-6016, note RAYNAUD, D. 1950-753, note LENOAN, G.P. 1951-I-40, *Bull. cass.* 1950-I-158; en ce sens : Nancy, 3 mars 1869, D. 1869-II-85, S. 1869-II-257; Paris, 9 août 1870, S. 1870-II-289.

(97) Poitiers, 25 mai 1951, D. 1951-482, J.C.P. 1951-IV-160.

A l'appui de cette opinion, on peut invoquer des précédents historiques. Les rédacteurs du Code civil n'ont fait que reproduire Pothier qui écrivait (98) : « Nonobstant la soulte, l'immeuble ne cessera d'être propre pour le total, à la charge seulement de récompenser la communauté de la somme qui en a été tirée pour payer la soulte ». Cependant, à ce principe Pothier apportait une restriction : « Si néanmoins le conjoint, pour acquérir l'héritage reçu en contre-échange, avait donné une somme de deniers égale à peu près à la valeur de l'héritage qu'il a donné en échange ou même qui la surpassait, on pourrait se permettre de considérer le contrat comme un contrat mixte mêlé de vente et d'échange, et en conséquence l'héritage acquis par le contrat comme conquêt au prorata de la soulte de deniers donnée pour l'acquérir et propre de subrogation pour le surplus seulement. »

En période de dépréciation monétaire, ce système présente par rapport au précédent un avantage certain (99). Le problème des récompenses ne se pose pas et aucun des trois patrimoines du ménage ne se trouve lésé. Le crédit du ménage est lui aussi sauvegardé, car les créanciers de la communauté peuvent saisir le bien acquis au prorata de la valeur de la soulte payée. Cependant, en raison de ses inconvénients pratiques, il est difficile d'y souscrire.

Remarquons, tout d'abord, le manque de concordance entre les diverses solutions adoptées par la Cour de cassation. Lorsqu'il s'agit d'actions souscrites en vertu d'un droit préférentiel de souscription, la Cour de cassation met en balance la valeur de ce droit et le montant des deniers qui ont servi à libérer l'action, et l'élément prépondérant détermine la nature juridique de cette action. Jamais la jurisprudence n'a envisagé la possibilité d'attribuer à l'action un caractère mixte. C'est pourtant ce qu'elle fait en matière d'échange. Comme le note M. Pierre Raynaud (100) : « C'est fausser le problème de l'échange avec soulte que de l'isoler de son contexte jurisprudentiel. Il ne s'agit que d'une question plus vaste qui est celle du sort du bien acquis pour partie avec des deniers communs et pour partie avec des éléments propres. » Dans tous les cas, la solution doit être la même.

Admettre le caractère mixte de l'acquisition, « c'est introduire la division dans ce qui est indivisible » (101) ; la nature du contrat est une et celui-ci ne saurait être à la fois un échange et une vente. Ce qui le montre, ce sont les difficultés rencontrées à propos de la rescision pour lésion (102) : la vente est rescindable pour une

(98) POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 197 ; en ce sens : LEBRUN, *Traité de la communauté*, livre I, chap. V, sect. I, dist. 3, n° 8.

(99) COLOMER, *op. cit.*, n° 69.

(100) Note Pierre RAYNAUD, *préc.*, au J.C.P. 1951-II-6016.

(101) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 346 ; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 228°.

(102) Observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 58.

lésion de plus des 7/12^{es}, l'échange ne l'est pas. M. Lenoan (103) a essayé de répondre à l'objection en préconisant l'octroi au juge du fond d'un large pouvoir d'appréciation dans la qualification du contrat : suivant qu'il veut ou non admettre la lésion, le juge décidera que le contrat est une vente ou un échange. Cette réponse ne nous convainc pas, car il est inadmissible que les juges du fond puissent qualifier un contrat de vente ou d'échange suivant le but qu'ils se proposent d'obtenir. Ce faisant, ils violeraient certainement la loi, car s'ils peuvent restituer leur véritable nature juridique aux contrats dont l'interprétation leur est soumise, ils ne peuvent aller jusqu'à dénaturer l'opération (104).

Mais, surtout, ce sont les conséquences de l'indivision qui sont regrettables. Le législateur y est nettement hostile et, pour s'en convaincre, il n'est que de se reporter à l'article 1408 du Code civil. D'ailleurs n'est-il pas possible d'interpréter le silence du Code civil comme un rejet implicite de la théorie de Pothier ? (105). Le législateur qui a repris la première partie du texte n'en aurait pas supprimé la fin s'il avait voulu adopter l'ensemble de cette théorie. Au surplus, lorsque le bien nouveau est par exemple un fonds de commerce, l'indivision généralement peu désirable se heurte à la prohibition des sociétés entre époux (106).

163. — Aussi semble-t-il préférable d'adopter un troisième système qui veut sauvegarder l'unité de l'opération tout en évitant les inconvénients provoqués par une indivision. Le contrat est alors considéré tout entier comme une vente ou comme un échange, suivant que la valeur la plus importante du bien acquis est constituée par la soute ou, au contraire, par le bien échangé. C'est ce qu'avait décidé le Tribunal civil de Périgueux, le 1^{er} juin 1931 (107) : « Pour qu'on puisse appliquer l'article 1407, déclare ce jugement, encore faut-il qu'il y ait réellement échange et que la somme qualifiée de soute ne soit pas tellement disproportionnée à la valeur de l'immeuble cédé, que la somme d'argent stipulée et promise ne doive être considérée comme l'objet principal de l'obligation de l'un des contractants et de la créance de l'autre, les parties ayant alors et dans leur intention véritable entendu acheter et vendre une héritage moyennant un prix en deniers dont une part infime seulement aurait été payée en nature par la dation en paiement d'un immeuble. »

Si, à l'appui de cette solution, on ne peut, comme le faisait Guillaouard (108), invoquer une ancienne maxime : « *Major pars*

(103) Note LENOAN, préc.

(104) Cass. civ., 4 juin 1894, D. 1894-I-555; Cass. civ., 22 octobre 1930,

(105) Trib. civ. de Périgueux, 1^{er} juin 1931, D.P. 1932-II-100.

S. 1932-I-337, note ESMEIN; Cass. civ., 14 juin 1931, D.P. 1931-I-5, note SAVATIER.

(106) Note ROUSSEAU sous Trib. civ. La Rochelle, 25 mars 1942, au J.C.P. 1942-II-1994.

(107) Trib. civ. Périgueux, 1^{er} juin 1931, préc.

(108) GUILLAOUARD, *Traité du contrat de mariage*, T. II, n° 466.

trahit ad se minorem », tout à fait arbitraire et qui n'est consacrée par aucun texte (109), il est toutefois possible de la justifier par le recours à la notion d'accession telle que nous l'avons dégagée à propos des accroissements de propres. Si la jurisprudence refuse parfois d'en faire application sous le régime de communauté, notamment à propos des immeubles contigus à des propres, c'est parce qu'alors on aboutirait à transformer en propres des éléments de la communauté. Mais ici, il s'agit bien plutôt, comme le démontre M. Raynaud (110), de faire jouer l'accession au profit de la communauté, car dans l'hypothèse où la soulte est faible, il suffit de faire application de l'article 1407 qui prévoit l'indemnisation de la communauté en cas de soulte payée par elle.

Aussi est-ce avec raison que l'avant-projet du Code civil, dans son article 373, consacre ce système : « Est propre le bien acquis en échange d'un bien appartenant en propre à l'un des époux sauf récompense au profit ou à la charge de la communauté s'il y a soulte. Toutefois, si la soulte mise à la charge de la communauté est supérieure à la valeur du bien cédé, le bien cédé tombe en communauté sauf récompense au profit de l'époux propriétaire du bien cédé » (111).

II. — Le remploi.

164. — Les articles 1434 et 1435 du Code civil semblent impliquer l'impossibilité pour la femme commune en biens d'effectuer seule le remploi de ses propres aliénés, car ces textes ne visent qu'un remploi effectué par le mari pour le compte de la femme (112).

Le remploi d'un propre de la femme suppose une aliénation qui, selon la doctrine et la jurisprudence (113), ne peut porter que sur la nue-propriété si le mari n'est pas intervenu à l'acte

(109) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 345; observ. LACARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 58.

(110) Note RAYNAUD, préc., au J.C.P. 1951-II-6016.

(111) *Avant-projet de Code civil*, art. 373, p. 274; cf. aussi *Travaux de la commission de réforme*, années 1948-1949, pp. 439 et 445, années 1949-1950, pp. 204 et suiv.

(112) Art. 1434 du Code civil : « Le remploi est censé fait à l'égard du mari, toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de remploi. »

Art. 1435 du Code civil : « La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi ne suffit point, si ce remploi n'a été formellement accepté par la femme : si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu. »

(113) Cf. *supra*, « Les aliénations de propres par la femme commune en biens », n° 59 et suiv.

pour renoncer à son droit de jouissance, une acquisition qu'en principe, la femme a qualité pour réaliser seule, une double déclaration effectuée par le mari dans l'acte d'acquisition attestant que celle-ci est accomplie grâce au prix de vente d'un propre et en vue d'un remploi. La femme n'ayant pas procédé au remploi, le chef de la communauté ne saurait contre sa volonté lui imposer un propre et elle peut jusqu'à la dissolution de la communauté accepter ou non le remploi. L'acceptation doit être formelle (114), la présence de la femme à l'acte ne suffirait pas et l'immeuble tomberait en communauté.

Telles sont les règles édictées par le Code civil de 1804 et maintenues par les lois de 1938 et de 1942. Si ces règles sont des règles de fond, il faut admettre que seul le mari a qualité pour effectuer le remploi, les textes ne prévoyant que son intervention; si elles sont de simples règles de preuve, alors la question se pose de savoir s'il n'est pas possible à la femme commune en biens d'effectuer elle-même le remploi de ses propres, en substituant aux formalités prévues par les articles 1434 et 1435 des modes de preuve équivalents. Enfin, comme en matière d'échange, il nous faudra évoquer brièvement les difficultés soulevées par le remploi avec soulte.

A. — NATURE JURIDIQUE DES RÈGLES FORMULÉES PAR LES ARTICLES 1434 ET 1435 DU CODE CIVIL.

165. — On a soutenu que la double déclaration exigée par l'article 1434 constituait une véritable condition de fond du remploi (115) et que sous le régime de communauté, celui-ci ne pouvait s'accomplir que par la seule volonté du mari, la femme ne disposant d'aucun pouvoir à l'effet d'effectuer seule le remploi d'un de ses propres (116). A cette condition de fond, l'article 1434 ajouterait, en outre, une condition de forme : la double déclaration devrait être effectuée dans l'acte même d'acquisition. De cette conception, outre l'impossibilité pour la femme d'effectuer un remploi, se déduiraient d'importantes conséquences : la double déclaration serait exigée même en matière de remploi anticipé (117), aussi bien dans les rapports des époux entre eux que dans leurs

(114) Cass., 26 juillet 1869, D. 1869-I-455, S. 1869-I-401.

(115) MOREL, note au S. 1939-I-138, col. 2.

(116) H. SINAY, « Une réforme des régimes communautaires par la suppression du droit de jouissance de la communauté sur les biens propres des époux », J.C.P. 1950-I-878, n° 7-8; Pierre GAUTHIER, *La notion actuelle du mari chef de famille*, thèse Aix-Marseille, 1947, p. 58; André PALEY, *Aspects nouveaux de l'intervention de justice dans le jeu des régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1948, p. 153.

(117) Cass. civ., 14 mai 1879, D. 1879-I-420; sur le remploi anticipé, voir BÉREL, « Du remploi par anticipation », *Journ. des Not. et Av.*, 1954-325.

rapports avec les tiers (118) et le remploi « à retardement », en tant que remploi, serait nul pour vice de forme.

Cette opinion trouve un certain appui dans les textes eux-mêmes. L'article 1434 exige une véritable intention de remploi : une des déclarations exigées dans l'acte d'acquisition doit indiquer que celle-ci est faite « pour tenir lieu de remploi ». L'article 1435 édicte certainement une condition de fond en exigeant le consentement de la femme.

166. — Cette conception, qui implique au fond une décision spéciale de subrogation pour que le remploi s'accomplisse sous le régime de communauté, est manifestement contraire au droit positif. La jurisprudence et la doctrine admettent que les articles 1407 et 1434 ne sont que des applications d'un principe beaucoup plus général. Il n'y a jamais eu de difficultés pour appliquer l'échange et le remploi aux meubles (119) ; la créance du prix de vente d'un propre (120), la soulte de partage attribuée à l'un des époux pour compléter sa part d'une succession immobilière (121), les indemnités d'assurance représentatives d'un propre (122) ont toujours été considérées comme des propres ; un arrêt a même admis le caractère propre des dommages-intérêts dus par un voleur de bijoux propres (123).

A l'encontre de l'exigence de la double déclaration dans l'acte même d'acquisition, l'hostilité de la jurisprudence s'est manifestée pour la première fois dans un arrêt de la chambre des requêtes du 11 mai 1931 (124). Dans cette espèce, une femme avait donné à son avoué mandat d'employer une somme propre à l'achat de valeurs mobilières. La Cour de cassation a déduit des circonstances de fait que le mari avait reconnu l'origine propre des deniers et que la femme avait accepté le remploi.

(118) Cass. req., 25 juin 1885, S. 1885-I-376 ; Cass. req., 25 janvier 1904, S. 1904-I-305, note LYON-CAEN ; Cass. civ., 27 juin 1912, S. 1913-I-12 ; Cass. civ., 2 mars 1914, D. 1917-I-187 ; POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 197 et suiv. ; AUBRY et RAU, 5° éd., par BARTIN, T. VIII, § 507, texte et note 71 ; GUILLOUARD, T. II, n° 481 et suiv. ; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. I, n° 397 ; HUC, T. IX, n° 202 ; note MOREL, préc., au S. 1939-I-137.

(119) BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. I, n° 474 et 475 ; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 186 et 457.

(120) POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 99 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. I, n° 474.

(121) LAURENT, T. XXI, n° 383 ; Cass. req., 11 décembre 1850, D. 1851-I-287 ; Cass. req., 11 avril 1902, D. 1903-I-465.

(122) Bordeaux, 19 mars 1857, D. 1858-II-61, S. 1857-II-534.

(123) Cass. req., 11 mai 1931, S. 1932-I-41, note LYON-CAEN.

(124) Cass. req., 11 mai 1931, préc. ; voir aussi : Cass. civ., 31 janvier 1955, D.S. 1955-517, note LENOAN, J.C.P. 1955-IV-37.

Faisant suite à un mouvement doctrinal important (125), la Cour de cassation, par un arrêt du 17 mai 1938 (126), a restreint considérablement la portée de l'article 1434. A l'égard des tiers, le respect des formalités s'impose, mais, entre époux, le remploi « à retardement » est permis; il suffit que les conjoints fassent postérieurement à l'acquisition une déclaration de remploi (127).

De l'examen de la jurisprudence, il résulte nettement que les formalités prescrites par les articles 1434 et 1435 ne sont requises qu'*ad probationem*. Si le législateur a exigé qu'en principe la double déclaration intervienne dans l'acte d'acquisition, c'est parce qu'alors elle présente le plus de garanties d'authenticité (128), et il est un principe fondamental du régime de communauté : la protection des tiers. Si la double déclaration n'était pas ainsi exigée, il suffirait aux époux d'effectuer, plusieurs années après l'acquisition, des remplois fictifs au profit de la femme, et les créanciers de la communauté se trouveraient lésés par une diminution importante de leur gage. Lorsque le mari déclare, lors de l'acquisition, l'origine des deniers, il y a beaucoup de chances pour que cette déclaration soit sincère.

Mais, entre époux, un tel recours aux formalités de l'article 1434 n'est pas nécessaire. Un remploi fictif ne présente pas pour eux un intérêt réel et, s'il avait lieu, ce serait toujours possible de le faire annuler par application de la règle : « *Fraus omnia corrumpit* », car la théorie de la fraude a une valeur générale et s'applique en matière de remploi comme dans n'importe quel autre domaine (129).

Les articles 1434 et 1435 n'étant pas des règles de fond, mais de simples règles de preuve, il s'ensuit que ces textes n'édicte pas une prohibition absolue du remploi effectué par la femme seule. On peut dès lors se demander s'il n'est pas possible à la femme commune en biens d'effectuer seule un remploi.

B. — CAPACITÉ ET POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS POUR EFFECTUER LE REMploi D'UN DE SES PROPRES.

167. — La possibilité pour la femme commune en biens d'effectuer seule un remploi a été reconnue implicitement par deux

(125) PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, p. 560, note 3; JOSSERAND, T. III, n° 85; CAUDEMET, *Rev. trim. dr. civ.*, 1932, p. 147; LYON-CAEN, note au S. 1932-I-41.

(126) Cass. req., 17 mai 1938, D.P. 1938-I-73, note E.P., S. 1939-I-137, note MOREL; voir aussi : Trib. civ. Metz, 22 mars 1951, *Rev. Als.-Lorr.*, 1952-93; Alfred COSTE-FLORET, « Le remploi à retardement sous le régime de communauté », *Rev. trim. dr. civ.*, 1942, pp. 169 et suiv.

(127) Montpellier, 6 décembre 1949, J.C.P. 1950-IV-78.

(128) Marc LAURIOL, *La subrogation réelle*, thèse Alger, 1952, T. I, p. 422.

(129) Un arrêt de la chambre des requêtes du 12 avril 1910 (D. 1910-I-478) a déclaré nul un remploi par anticipation dans lequel le prix de vente des propres n'avait pas été affecté à l'acquisition.

arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation, l'un du 19 décembre 1952 (130), l'autre du 31 janvier 1955 (131).

Dans la première espèce, un sieur Emile Judeais, marié sous le régime de la communauté légale, avait reçu de son notaire, le 31 mars 1945, une somme de 850.000 francs, provenant de l'aliénation d'immeubles qui lui étaient propres, et il avait conservé ces deniers à part en vue d'un emploi. Sa femme les lui a soustraits et, à l'aide des fonds dont elle s'était ainsi emparée, a fait acquisition, le 21 août 1945, d'une villa au nom de son mari pour un prix de 501.575 francs. Comme le précise l'arrêt de la chambre civile du 17 juin 1952 (132), rendu à propos de la même affaire : « Judeais, informé de cette acquisition, a déclaré la ratifier et considérer ladite villa comme subrogée à ses propres aliénés. » Or, l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1952 admet la validité d'un tel emploi effectué par la femme pour le compte de son mari, bien que celle-ci n'ait pas déclaré dans l'acte d'acquisition l'origine des deniers et leur destination. De cette dernière circonstance, la chambre civile retient seulement la non-validité du emploi à l'égard des tiers. Mais ce qui nous importe, c'est que la Cour de cassation ait admis que la femme pouvait valablement effectuer un emploi pour le compte de son mari. A fortiori, doit-il en être de même pour un emploi de ses biens personnels.

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation le 31 janvier 1955, le emploi avait été effectué par la femme elle-même et pour son propre compte, « en son nom seul ». Les acquisitions ayant été réalisées avant 1938, elle n'avait pu se passer du consentement de son mari, mais la Cour de cassation, faisant sienne la décision de la Cour d'appel de Rabat du 9 juillet 1949, prend bien soin de préciser que « le mari a comparu aux actes d'acquisition pour l'assister et l'autoriser » (133). Une simple autorisation ne peut être l'équivalent d'un rôle principal. Cette autorisation, qui était nécessaire en raison de l'incapacité de la femme mariée, n'a plus aujourd'hui de raison d'être, et il paraît désormais certain que la Cour de cassation validerait un emploi de ses propres par la femme agissant seule. Etant pleinement capable, elle peut réaliser seule des acquisitions qui tombent en communauté ou deviennent propres, en cas de emploi par exemple.

(130) Cass. civ., 19 décembre 1952, *Bull. cass.*, 1952-I, p. 282, n° 342.

(131) Cass. civ., 31 janvier 1955, D.S. 1955-517, note LENOAN, J.C.P. 1955-IV-37, J.C.P. 1957-II, éd. Not. 9828, note DALIMIER.

(132) Cass. civ., 17 juin 1952, D. 1953-1, note WEILL, J.C.P. 1952-II-7209, note R.C., S. 1954-I-29, note Jean BRUNET.

(133) On retrouve à peu près la même formule dans un arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 1950 au S. 1951-I-139 : l'acquisition en vue d'un emploi avait été faite par la femme « avec l'assentiment de son mari pour son compte personnel ».

168. — Cependant, de nombreuses difficultés pratiques sont susceptibles de se présenter en raison des preuves que la femme aura à fournir pour effectuer un remploi régulier. L'indication dans l'acte même de l'origine des deniers qui ont servi à l'acquisition ne suffit pas; c'est ce que décide un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 31 octobre 1950 (134): « Attendu que si l'origine des deniers est précisée dans l'acte d'acquisition, il ne ressort pas de cette origine qu'ils soient des propres; que de ce chef, devant les juges du fond, la dame Landes n'a fait aucune production ni apporté aucune justification. » Des termes de cet arrêt, il ressort que si, en principe, un remploi par la femme seule est possible, il est, en pratique, difficilement réalisable, car la femme éprouvera de nombreuses difficultés à prouver l'origine des deniers qu'elle utilise, le maniement des deniers étant réservé au mari chef de la communauté qui reçoit tous les versements en argent, qu'ils soient effectués pour le compte de la communauté ou pour celui de la femme. S'il est faux de dire, comme le fait M. Lauriol (135), que « la déclaration du mari doit toujours intervenir pour qu'il y ait remploi », il faut toutefois remarquer que son intervention simplifie de beaucoup la preuve que doit fournir la femme commune en biens.

169. — A condition de ne pas toucher le prix de vente de ses propres, la femme peut cependant réaliser seule un remploi en faisant elle-même la double déclaration d'origine et de destination des deniers (136). Cette possibilité a pourtant été contestée (137). Le prix d'aliénation d'un propre constitue lui-même un propre tant qu'il n'a pas été versé, mais à l'égard de cette créance de somme d'argent la femme se trouve dans la même situation que lorsqu'il s'agissait pour elle d'aliéner un bien propre: elle ne peut disposer que de la nue-propriété de cette créance. L'opération ne serait dès lors profitable qu'à la communauté qui, « tout en conservant l'usufruit tant du bien appartenant originairement en propre à la femme que du prix d'aliénation de ce propre, acquierait encore l'usufruit du bien acquis en remploi de ce prix, valable seulement pour la nue-propriété » (138).

Cette conception montre bien jusqu'à quelles conséquences pratiques peut conduire l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit. Le droit de jouissance qui, originairement, n'avait à s'exercer que sur le propre de la femme, porterait désormais en plus et sur la créance du prix d'aliénation et sur le bien acquis

(134) Cass. civ., 31 octobre 1950, préc.

(135) LAURIOL, *op. cit.*, T. I, p. 425, n° 371.

(136) AUBRY et RAU, par ESMIEN, T. VII, § 472, note 11, p. 209.

(137) VOIRIN, préc., J.C.P. 1944-I-395, n° 10; DESPIERROIS, « Les pouvoirs de la femme commune en biens à l'effet de vendre seule un bien propre et d'effectuer le remploi du prix », *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27088.

(138) DESPIERROIS, article préc.

en remploi ! Solution condamnable, car elle aboutit à anéantir complètement la réforme opérée par les lois de 1938 et de 1942, et surtout parce qu'elle modifie la raison d'être et la portée du droit de jouissance.

C. — LE REMploi AVEC SOULTE.

170. — Les mêmes difficultés se rencontrent à propos du remploi avec soulte qu'en matière d'échange avec soulte. Une fois de plus, la femme ne peut payer de son propre chef la soulte, elle doit se munir du consentement de son mari ou, à défaut, se faire autoriser sur la base de l'article 217 à manier les deniers communs.

Le sort du bien ainsi acquis a donné lieu aux mêmes controverses que pour l'échange (139). On a, toutefois, soutenu (140) que le problème, quoique voisin, ne s'identifiait pas avec celui de l'échange. La preuve en serait que certains auteurs qui adoptent une solution à propos de l'article 1407, la rejettent à propos du remploi (141). En réalité, les raisons qui militaient en faveur du caractère propre ou commun du bien échangé suivant l'importance de la soulte se retrouvent ici. L'opinion qui estime que l'immeuble devient propre pour le tout quelle que soit l'importance de la soulte (142) se condamne par son manque de souplesse et par la faculté qu'elle accorde aux époux de se constituer des propres au détriment de la communauté; celle qui admet que la subrogation ne se produit que partiellement, jusqu'à concurrence de la valeur du bien aliéné, le bien acquis en remploi étant à la fois propre et commun (143), n'est pas plus défendable en raison des inconvénients de toute indivision et de l'hostilité marquée du législateur pour ce genre de propriété.

Si la différence entre le prix des immeubles vendus et celui du bien acquis est peu considérable, ceux-ci doivent être déclarés propres en totalité sauf récompense à la communauté; à l'inverse, si la soulte dépasse la valeur du bien aliéné, l'acquisition est commune pour le tout, sauf récompense au profit de l'époux qui s'est

(139) Voir à ce sujet PINSON, « Le sort sous le régime de communauté du bien acquis en remploi pour un prix supérieur aux deniers à remployer », *Rép. prat. not.*, 1951, art. 26994.

(140) André COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1953, p. 79, n° 74.

(141) COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 239, à propos de l'échange avec soulte fait application de la maxime « *Major pars trahit ad se minorem* », mais déclare au n° 246 le bien acquis en remploi propre dans tous les cas; voir aussi LAURENT, T. XXI, n°s 357 et 381.

(142) COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 246; Douai, 21 décembre 1905, D. 1907-II-390.

(143) COLOMER, *op. cit.*, n° 76, p. 81; POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 198; TROPLONG, T. II, n° 1151; LAURENT, T. XXI, n° 381; Cass., 20 juin 1821, S. 1821-I-387; Paris, 8 août 1870, S. 1870-II-289; Cass., 21 mai 1873, S. 1873-I-121.

appauvri (144). C'est d'ailleurs cette solution qu'adopte l'avant-projet du Code civil dans son article 378 (145).

171. — L'étude des acquisitions à titre onéreux illustre d'une manière saisissante le divorce qui existe entre la capacité et les pouvoirs de la femme commune en biens. Celle-ci, depuis les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942, a la capacité nécessaire pour réaliser seule toutes les acquisitions, que ces acquisitions tombent en communauté ou deviennent propres; et, en principe, le rôle qui lui est dévolu sous le régime de communauté devrait être considérable puisqu'elle peut ainsi accroître l'actif du ménage et, par le fait même, augmenter les revenus qui doivent permettre à la famille de subsister.

Mais rester sur cette impression serait un leurre; pas plus qu'avant 1938, la femme commune en biens ne peut agir seule; avant la réforme, le mari devait intervenir pour la relever de son incapacité; désormais, il doit concourir à ses actes pour lui donner des pouvoirs, car le manque de pouvoirs de la femme résulte de deux règles essentielles : le droit de jouissance de la communauté sur son patrimoine et l'impossibilité d'obliger la communauté.

Le droit de jouissance constitue une entrave considérable à la capacité de la femme lorsqu'il est assimilé à un usufruit. Alors la femme ne peut obliger que la nue-propriété de ses propres au paiement du prix d'acquisition, elle ne peut échanger que la nue-propriété de ses biens personnels, effectuer le remploi que de cette nue-propriété, disposer que de la nue-propriété d'un droit préférentiel de souscription. Dans ces conditions, aucun vendeur ne voudra traiter avec la femme, car il risquerait de faire un marché de dupe; de même, la femme n'a aucun intérêt à agir, elle n'enrichirait que la communauté au détriment de son patrimoine propre. L'assimilation du droit de jouissance à un usufruit aboutit donc à une impasse, il rend purement platonique une réforme qui pourtant apparaissait nécessaire et qui était voulue par beaucoup.

Nous avons combattu et nous combattons toujours cette assimilation qui n'est nullement commandée par les principes du régime de communauté. Le droit de jouissance permet une meilleure exploitation des biens du ménage en vue de subvenir aux charges de la famille, par une gestion unique. Mais ce droit doit, lui aussi, être interprété en fonction de la capacité de la femme mariée, il ne doit pas constituer une entrave insurmontable; du moment qu'elle ne va pas contre l'intérêt de la famille, la femme doit pouvoir agir. Le mari peut sauvegarder ses prérogatives en

(144) JOSSELAND, T. III, n° 89; PINSON, *op. cit.*; Trib. civ. La Rochelle, 25 mars 1942, J.C.P. 1942-II-1994, note ROUSSEAU; LAURIOL, *La subrogation réelle*, thèse Alger, 1952, n° 286.

(145) *Avant-projet de Code civil*, art. 378, p. 275; cf. aussi *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, 1948-1949, p. 446, art. 25 d, 1949-1950, p. 214.

faisant annuler les acquisitions contraires à l'intérêt de la famille, la théorie de la fraude devant désormais s'appliquer à propos des actes des deux époux.

Ce droit de regard du mari sur les actes de son épouse suffit pour écarter le reproche qu'on pourrait être tenté de nous faire, de vouloir introduire dans le régime de communauté des principes séparatistes. Alors que sous le régime de séparation des biens, les époux poursuivent des buts égoïstes, sous le régime de communauté tout doit être sacrifié à l'intérêt de la famille que les époux, en adoptant ce régime, ont entendu faire prévaloir sur leur intérêt personnel.

Plus délicat à résoudre est le problème de l'engagement de la communauté au paiement du prix d'acquisition, car il met directement en cause les pouvoirs du mari. Il faut une direction unique dans le ménage, deux actions parallèles et concurrentes aboutiraient à l'anarchie. L'article 1421 donne au mari pleins pouvoirs sur les biens communs et la femme ne dispose pas du maniement des deniers qui tombent dans l'actif commun; elle peut utiliser les sommes d'argent que le mari laisse à sa disposition pour les dépenses ménagères, mais dans cette catégorie ne rentrent pas les acquisitions qui tombent en communauté et, à plus forte raison, celles qui viennent accroître son actif propre.

Divers remèdes peuvent être employés, tels que l'action de *in rem verso* ou l'action de gestion d'affaires lorsque l'acquisition devient commune. Mais ces remèdes sont imparfaits, il est difficile de les adapter à toutes les situations qui peuvent se présenter et ils ne procurent qu'un résultat incomplet.

Le remède légal consiste en l'intervention du juge, la femme autorisée sur la base de l'article 217, peut engager les biens communs au paiement du prix, elle peut payer directement avec les deniers qui se trouvent en sa possession. Mais cette solution est mauvaise, car elle aboutit à multiplier les causes de trouble dans le ménage et l'adopter c'est reconnaître que la famille est une société imparfaite, incapable de se gérer elle-même. Pour assurer la vie du foyer, il faut une autorité; le recours au juge vient accroître les dissensions qui peuvent exister entre les époux et il sera souvent le prélude à une instance en divorce ou en séparation de corps.

En réalité, il est nécessaire de maintenir l'unité de gestion des biens communs aux mains du mari, mais la femme, capable, doit voir son rôle de remplaçante accru. Chaque fois que le chef de famille se trouve dans l'impossibilité matérielle d'agir, la femme devrait le remplacer de plein droit et devenir elle-même chef de la communauté.

En temps normal, l'épouse ne doit pas pouvoir engager sans le consentement du mari la communauté pour les acquisitions qu'elle veut réaliser. Si elle agit seule, elle ne doit obliger que la pleine propriété de ses propres, et à condition de ne pas porter

atteinte à l'intérêt de la famille. Mais alors doit réapparaître dans notre droit le principe de la corrélation entre l'actif et le passif; la communauté, n'étant pas engagée au paiement du prix, ne doit pas profiter des acquisitions réalisées par la femme seule qui doivent faire partie de son patrimoine personnel.

SOUS-TITRE II

Les successions échues à la femme commune en biens

172. — L'étude des problèmes soulevés par les successions échues à la femme commune en biens doit permettre de mesurer l'importance pratique de la réforme opérée par les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942. En effet, alors qu'en règle générale les acquisitions effectuées par la femme deviennent communes, ce qui rend difficile une reconnaissance de pouvoirs, les successions lui permettent, au moins en partie, d'enrichir, sinon même de constituer, son patrimoine propre.

L'importance des successions dans la composition du patrimoine familial n'est plus à démontrer. Elles constituent souvent la base même des biens du ménage et, le plus souvent, l'héritier recueille ainsi des meubles et des immeubles de famille, ce qui fait qu'un intérêt moral se mêle souvent à un intérêt purement pécuniaire.

Cependant, la capacité générale de la femme commune en biens risque de se trouver limitée par des pouvoirs concurrents du mari. En vertu de l'article 1401, alinéa 1, du Code civil, les meubles successoraux tombent en principe en communauté. Le mari, chef de celle-ci, n'aura-t-il pas alors un droit de regard sur la dévolution de ces biens ? Et même si la succession est immobilière et, par suite, doit en principe rester propre à la femme, le mari ne devra-t-il pas encore intervenir pour sauvegarder son droit de jouissance ?

Les problèmes soulevés par les successions échues à une femme commune en biens ne peuvent être résolus d'une manière uniforme. Comme tout héritier, la femme doit d'abord prendre parti sur la

succession qui lui est dévolue, puis, si elle l'accepte, et qu'elle se trouve en concurrence avec d'autres héritiers, elle doit participer à des opérations de liquidation et de partage. Entre temps, d'ailleurs, se pose le problème de la liquidation du passif héréditaire, car si l'héritier recueille l'actif, il est normal qu'il paie les dettes du *de cujus*.

CHAPITRE PREMIER

L'OPTION HEREDITAIRE DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS

173. — En présence d'une succession qui lui est dévolue, tout héritier, en droit français, a le choix entre trois partis : accepter purement et simplement, accepter sous bénéfice d'inventaire, renoncer. A la différence du droit romain qui distinguait deux catégories d'héritiers, les héritiers nécessaires et les héritiers volontaires, notre Code civil ne connaît plus d'héritier nécessaire (1). « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue » (art. 775, C. civ.).

Cependant, l'option héréditaire est un acte extrêmement grave, car le principe de la transmission immédiate fait que « la succession est acquise à l'héritier dès l'instant même qu'elle lui est déférée et avant qu'il en ait la moindre connaissance » (2). Sans aucune manifestation de volonté de sa part, l'héritier se trouve propriétaire des biens héréditaires dès le décès du *de cujus*, en vertu du principe de la continuation par l'héritier de la personne du défunt. Par son acceptation, il manifeste seulement son intention d'entériner l'œuvre de la loi; par sa renonciation, il devient étranger à la succession, il abandonne des biens dont il était déjà propriétaire. Sous le régime de la communauté légale, la renon-

(1) Cass. req., 26 février 1934, D.H. 1934-201; cf. chronique de M. PILON au D.H. 1934, p. 33.

(2) VERDIÉ, *De la transmission de la propriété « mortis causa »*, thèse Bordeaux, 1899, p. 23.

ciation à une succession risque d'appauvrir non seulement la femme des biens héréditaires qui devaient lui rester propres, mais aussi la communauté qui devait recueillir les biens mobiliers de la succession.

En outre, au point de vue du passif, l'option héréditaire a des répercussions importantes sur le patrimoine de l'héritier. L'acceptation pure et simple de la succession permet, certes, au successeur d'acquérir tous les biens, droits et actions du *de cujus*, mais, en contrepartie, elle entraîne l'obligation de payer les dettes héréditaires *ultra vires hereditatis*, c'est-à-dire même sur ses propres biens. La renonciation, si elle empêche l'héritier de recevoir l'actif de la succession, le met aussi à l'abri de tout passif héréditaire. Enfin, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est un parti intermédiaire grâce auquel l'héritier que les créanciers héréditaires ne peuvent poursuivre personnellement, recueille le reliquat des biens successoraux après paiement des dettes du *de cujus*.

Aussi, en raison des répercussions possibles de son option tant sur ses biens personnels que sur les biens communs, il importe de se demander si la femme commune en biens a la capacité de l'exercer librement. Certes, les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 lui ont reconnu une capacité de principe, mais les règles particulières du régime légal ne vont-elles pas limiter l'exercice de cette capacité et entraîner la nécessité du concours du mari pour que l'option soit valable et produise tous ses effets ? Les trois termes de l'option, ayant des conséquences différentes, doivent être examinés successivement.

SECTION I

L'ACCEPTATION PURE ET SIMPLE D'UNE SUCCESSION

174. — Sous l'empire du Code civil de 1804, la femme commune en biens, comme d'ailleurs toute femme mariée, ne pouvait valablement accepter seule une succession qui lui était échue. Cette interdiction était expressément formulée par l'article 776, alinéa 1, du Code civil (3). Dans le même sens, et à propos du passif héréditaire, les articles 1413 et suivants du Code civil ne visaient que les successions acceptées par la femme du consentement du mari ou de l'autorisation de justice. Ces articles n'étaient d'ailleurs que l'application d'une règle plus générale contenue

(3) Art. 776, al. 1, du Code civil, rédaction de 1804 : « Les femmes mariées ne peuvent valablement accepter une succession sans l'autorisation de leur mari ou de justice. »

dans l'article 217 du Code civil (4) qui posait le principe de l'incapacité de toute femme mariée.

Lorsqu'une succession lui était échue, la femme devait donc se munir d'une autorisation maritale ou, à défaut, de justice. L'autorisation maritale pouvait être expresse ou tacite; si elle était expresse, elle devait être spéciale à la succession au sujet de laquelle il s'agissait de prendre parti (argument tiré de l'art. 223 C. civ. ancien); si elle était tacite, elle résultait suffisamment du concours du mari à l'acceptation ou à l'aliénation d'un immeuble faisant partie de la succession (5).

Certains auteurs (6) allaient même jusqu'à affirmer que le mari pouvait prendre parti de son chef et sans mandat de sa femme en ce qui concerne les successions mobilières, pour cette raison que le mari a en matière mobilière l'exercice des droits et actions de sa femme. Cependant, la majorité de la doctrine était en sens contraire (7).

L'autorisation de justice pouvait remplacer l'autorisation du mari, soit en cas de refus de celui-ci (art. 219 C. civ. ancien), soit en cas d'impossibilité pour lui d'autoriser sa femme à exercer l'option héréditaire. Cette dernière éventualité était prévue par divers textes du Code civil ancien, notamment par l'article 222 en cas d'interdiction ou d'absence du mari, par l'article 224 en cas de minorité du mari.

Si la femme mariée avait exercé l'option héréditaire sans se munir de l'autorisation du mari ou de justice, comme tout acte passé par un incapable, celle-ci était nulle, d'une nullité relative qui pouvait être invoquée par la femme, par le mari ou par leurs héritiers (art. 225 C. civ. ancien).

175. — La loi du 18 février 1938 étant venue proclamer la pleine capacité de la femme mariée (art. 215, al. 1, loi de 1938), il semblait logique d'admettre que désormais la femme commune en biens pouvait valablement accepter seule une succession, d'autant plus que cette loi avait abrogé l'article 776, alinéa 1, du Code civil. Cependant, les raisons d'en douter résultaient du maintien des articles 1413 et suivants dans leur rédaction de 1804. Aussi, sous la loi de 1938, trois thèses différentes s'affrontaient.

(4) Art. 217 du Code civil, rédaction de 1804 : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari à l'acte, ou son consentement par écrit. »

(5) LAURENT, T. IX, n° 284; DEMOLOMBE, T. XV, n° 224; Cass. req., 29 juillet 1868, S. 1869-I-36.

(6) DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, T. VI, n° 424; TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. IV, n° 318; GUILLOUARD, T. II, n° 774.

(7) LAURENT, T. XXI, n° 346; AUBRY et RAU, 5^e éd., T. VIII, § 513, texte et note 2; BAUDRY-LACANTINIERE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. II, n° 1049.

Dans une première opinion (8), on admettait qu'en raison du maintien des articles 1413 et suivants dans leur teneur de 1804, la femme commune en biens ne pouvait accepter seule une succession. L'article 215, alinéa 2, du Code civil prévoyait que l'exercice de la capacité civile de la femme mariée pouvait être limité par le régime matrimonial qu'elle avait adopté. Sous le régime de la communauté, le maintien des textes anciens relatifs au passif héréditaire empêchait la femme d'exercer librement son option. Comme auparavant, elle devait se munir du consentement du mari.

Une deuxième solution (9) consistait à admettre l'abrogation tacite des articles 1413 et suivants. Par suite, la femme commune en biens, désormais pleinement capable, pouvait accepter seule une succession. Cette opinion avait cependant le grave inconvénient d'aller directement à l'encontre des termes mêmes de la loi. Or, il est toujours hasardeux d'interpréter la volonté présumée du législateur dans un sens contraire à des textes formels.

Aussi la majorité des auteurs (10) et quelques décisions de jurisprudence (11) se ralliaient à une opinion intermédiaire. La femme commune en biens pouvait librement accepter une succession; si les articles relatifs au passif héréditaire subsistaient, c'est qu'ils avaient leur utilité, mais dans un domaine distinct de l'option, pour déterminer l'étendue du gage des créanciers successoraux. L'autorisation maritale n'avait plus pour but de relever la femme de son incapacité qui avait été abolie par la loi de 1938, elle avait pour effet de rendre le mari caution des dettes héréditaires.

176. — Depuis la loi du 22 septembre 1942, la possibilité pour la femme commune en biens d'accepter seule purement et simplement une succession à elle échue ne saurait plus faire de doute. Cette solution résulte tout d'abord de l'abrogation de l'article 776,

(8) RIPERT et BOULANGER, T. I, année 1943, n° 1830; DEFRENOIS, « Commentaire de la loi du 18 février 1938 », *Rép. prat. not.*, 1938, Législ. commentée, p. 82; MAGUET, « Capacité actuelle de la femme mariée », *Journ. Not.*, 1941, art. 40927; Trib. civ. Seine, 11 mai 1939, G.P. 1939-II-137, J.C.P. 1939-II-1078, note R.D.; Seine, 26 janvier 1939, D.P. 1939-II-73; Seine, 21 mars 1941, D.A. 1941, J. 266, ; Seine, 23 mai 1941, D.A. 1941, J. 267; Trib. civ. Toulouse, 13 mai 1941, J.C.P. 1941-II-1664, note MADRAY; Trib. civ. Châteaudun, 15 octobre 1941, D.A. 1942, p. 32.

(9) Sur les différentes solutions possibles sous l'empire de la loi de 1938, voir Jean PONELLE, « Les successions échues à la femme et le droit de poursuite des créanciers depuis la loi du 18 février 1938 », G.P. 1938-II, Doctr., pp. 5, 6 et 7.

(10) CRÉMIEUX, « La loi du 18 février 1938 », J.C.P. 1940-I-130, n° 12 et 16; NAST, « Commentaire de la loi du 18 février 1938 », D.P. 1938-IV-1; VUICHOD, *L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité civile de la femme mariée*, thèse Paris, 1941, p. 112; VACHENQ, *L'application pratique de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse Aix, 1941, p. 126; COLIN et CAPITANT, T. I, 10^e éd., n° 789; PONELLE, *op. cit.*; JOSSELAND, T. III, n° 149; SAVATIER, *Les lois nouvelles*, 1938, p. 78.

(11) Trib. civ. Versailles, 3 février 1939, D.P. 1939-II-73, note NAST; Trib. civ. Seine, 17 novembre 1938, S. 1939-II-121, note ANCEL.

alinéa 1, du Code civil par la loi du 18 février 1938, mais surtout de la nouvelle rédaction des articles 1416 et 1417 du Code civil. Désormais, ils distinguent nettement selon que la femme a accepté la succession seule ou avec l'acquiescement du mari. Dans le premier cas, les créanciers héréditaires n'auront action que sur les biens successoraux et sur la « nue-propriété » des biens personnels de la femme. Dans le second cas, lorsque le mari acquiesce à l'acceptation de sa femme, ils auront pour gage l'ensemble des biens du ménage. Il est d'ailleurs significatif que, dans ces articles, le législateur ne parle plus de « consentement » du mari, comme dans l'ancien article 1416, mais d'« acquiescement ». Le consentement impliquait une participation directe du chef de la communauté à l'acceptation, l'acquiescement est une adhésion à l'acceptation valable de la femme.

Cette solution s'applique quel que soit le sort des biens héréditaires, qu'ils restent propres ou qu'ils tombent en communauté. Cela s'explique aisément. Par son acceptation, la femme commune en biens ne fait que confirmer l'œuvre de la loi, son acceptation ne lui fait rien acquérir, puisqu'elle était devenue propriétaire des biens successoraux dès le décès du *de cujus* en vertu du principe de la transmission immédiate au moment même de l'ouverture de la succession.

En outre, par son acceptation, la femme n'engage qu'elle-même, puisque les biens du mari et de la communauté ne sauraient être affectés par un acte que la femme accomplit seule.

Aussi, depuis 1942, la doctrine (12) et la jurisprudence (13), presque en totalité, admettent la possibilité pour la femme com-

(12) Jean BRUNET, « La capacité civile de la femme mariée en matière de succession et de partage », G.P. 1951-II, Doctr., p. 41, *in principio*; BEQUÉ, note au J.C.P. 1943-II-2452; DEPIERROIS, « Des pouvoirs respectifs des époux communs en biens à l'effet de procéder au partage d'une succession échue à la femme », *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27029; *Rép. prat. not.*, 1945, art. 26288, n° 11; VOIRIN, J.C.P. 1944-I-395, n° 17; MICHENET, J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722; PINSON, *Rép. prat. not.*, 1947, art. 26531; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, J.C.P. 1943-I-304, n° 47 et 48; FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 29, I.A., n° 3, et note au J.C.P. 1944-II-2664; observ. LAGARDE à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 27; SAVATIER, note sous Rouen, 12 octobre 1944, au J.C.P. 1946-II-3016; note X... au *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26159, n° 5 a et au *Rép. prat. not.*, 1947, art. 26531; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 308, p. 192; RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 1830, et T. III, n° 2350, p. 744; ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VIII, § 513; PICARD, *Des successions échues à une femme mariée*, thèse Toulouse, 1949, pp. 57 à 62.

(13) Trib. civ. Caen, 15 décembre 1942, G.P. 1943-I-32, *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26127; Trib. civ. Seine, 30 mars 1943, S. 1944-II-9, note M.A., J.C.P. 1944-II, éd. Not. 2579, G.P. 1943-I-258; Trib. civ. Toulouse, 6 avril 1943, G.P. 1943-II-46, *Rép. prat. not.*, 1945, art. 26291; Cour d'appel Poitiers, 2 février 1944, J.C.P. 1944-II-2644, note FRÉJAVILLE, G.P. 1944-I-146; Cour d'appel Rouen, 12 septembre 1944, D. 1945-196, note FRÉJAVILLE, J.C.P. 1946-II-3016, note SAVATIER; Cour d'appel Alger, 30 janvier 1947, S. 1947-II-156, D. 1949-II-268, note DERRIDA; Cour d'appel Paris, 22 février 1948, S. 1948-II-80, J.C.P. 1948-II, éd. Not. 4486, *Rép. prat. not.*, 1948, art. 26618.

mune en biens d'accepter seule une succession purement et simplement. Cependant, un auteur (14) et un jugement (15) exigent encore l'intervention du mari à l'acceptation de la femme en raison de ses conséquences. L'acceptation d'une succession n'est pas une fin en soi, elle n'est que le prélude aux opérations de partage et d'appréhension des biens héréditaires. Or, pour ces derniers, le concours du mari est indispensable. L'acceptation étant de nature à entraîner de plein droit l'accomplissement d'actes pour lesquels le concours du mari est nécessaire, celui-ci doit aussi intervenir à l'acte initial d'acceptation. Cette théorie ne saurait être acceptée. Elle procède de toute évidence d'une confusion entre des actes nettement distincts : d'une part l'acceptation, d'autre part le partage et l'appréhension des biens héréditaires.

Ayant admis le principe de la pleine capacité de la femme commune en biens pour l'acceptation pure et simple d'une succession, il faut aussi lui reconnaître la possibilité de matérialiser cette capacité dans un des modes prévus par la loi pour l'acceptation (art. 778 C. civ.). Celle-ci peut être expresse ou tacite; elle est expresse quand la femme « prend le titre ou la qualité d'héritière dans un acte authentique ou privé ». Elle est tacite lorsqu'elle fait « un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'elle n'aurait le droit de faire qu'en sa qualité d'héritière ». Comme pour tout autre successible, les juges du fond apprécient souverainement les faits présentés comme impliquant l'acceptation tacite de la succession (16).

SECTION II

L'ACCEPTATION SOUS BÉNÉFICE D'INVENTAIRE

I. — La capacité de principe.

177. — L'acceptation sous bénéfice d'inventaire présente deux avantages par rapport à l'acceptation pure et simple d'une succession : l'héritier évite ainsi la confusion entre les biens héréditaires et son patrimoine propre et, surtout, il met celui-ci à l'abri des poursuites des créanciers de la succession. Elle offre donc pour la femme commune en biens un grand intérêt, car elle évite que ses biens personnels fassent l'objet d'une saisie de la part des créanciers successoraux, une fois les biens de l'hérédité épuisés; une telle saisie ne pourrait porter que sur la « nue-propriété » des biens de la femme, et finalement leur vente se révélerait désastreuse pour le ménage tout entier.

(14) MAGUET, *Journ. Not.*, 1946, art. 41799.

(15) Trib. civ. Toulon, 6 avril 1943, C.P. 1943, suppl., p. 110.

(16) Cass. req., 18 avril 1921, D. 1922-I-210.

Ayant admis avec la majorité de la doctrine et de la jurisprudence (17) que la femme commune en biens pouvait accepter seule purement et simplement une succession, il n'y a pas de raison de refuser d'admettre la même solution pour l'acceptation bénéficiaire (18). Là encore, la liberté d'option n'est que la conséquence de la capacité nouvellement reconnue à la femme mariée.

Déjà, sous la loi de 1938, certains auteurs (19) recommandaient ou même exigeaient que la femme prit ce mode d'option. Depuis 1942, les auteurs sont de plus en plus nombreux à le lui conseiller, la femme mettant ainsi son patrimoine personnel à l'abri de toute poursuite de la part des créanciers héréditaires (20).

Cependant, si, en théorie, l'acceptation bénéficiaire apparaît comme l'option idéale pour la femme commune en biens, en pratique elle n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés. En effet, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire exige l'accomplissement d'un certain nombre de formalités et on peut se demander si, même depuis 1942, la femme commune est habile à les effectuer seule. Là encore, la capacité de la femme mariée sans contrat risque d'être purement formelle, une capacité de principe qui se heurte aux difficultés pratiques et demeure illusoire.

II. — Les difficultés pratiques.

178. — Les articles 793 et 794 du Code civil imposent à l'héritier bénéficiaire l'accomplissement de deux sortes de formalités, sous peine de déchéance de son droit : une déclaration au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte et la rédaction « d'un inventaire fidèle et exact des biens de la succession ».

La déclaration au greffe du tribunal de première instance ne soulève pas de difficultés. Comme toute personne capable, la femme commune en biens peut la souscrire seule (21). L'inventaire, lui, est soumis par la loi à des formes assez rigoureuses et est susceptible d'entraîner un certain nombre de frais.

179. — En principe, la rédaction de l'inventaire entre dans les pouvoirs du mari. Il a pour but d'établir la consistance des

(17) Cf. section I de ce chapitre, n° 176.

(18) FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 32-II; Jean PICARD, thèse préc., pp. 62 et 63; Ed. DÉTRUY, *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de la communauté légale*, thèse Grenoble, 1950, p. 191.

(19) Notamment FAUVEL, note sous Trib. civ. Seine, 11 mai 1939, *Journ. Not.*, 1940, art. 40560.

(20) FRÉJAVILLE, *op. cit.*; MICHENET, J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722, n° 5; X..., *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26159; *Rép. prat. not.*, 1945, art. 26288, n° 10; Jean PICARD, thèse préc., p. 62.

(21) FRÉJAVILLE, Chron. au D. 1945, p. 32-II, n° 17; DÉTRUY, thèse préc., p. 191; PICARD, thèse préc., p. 63.

biens dont, en principe, il aura la gestion, que ces biens soient destinés à devenir communs ou qu'ils doivent rester propres à la femme. Cette solution semble même être commandée par l'article 1412 du Code civil.

Cependant, dès avant 1938, il était admis que la femme mariée, comme tous les autres incapables, pouvait accomplir un tel acte qui n'offre aucun danger pour le patrimoine commun ou pour ses biens personnels (22). A plus fort raison, cette solution doit être maintenue depuis que la femme a retrouvé sa pleine capacité civile. Avant de prendre parti sur la succession, elle a intérêt à s'éclairer sur sa consistance active et passive et, pouvant accepter seule, elle peut le faire sans le concours de son mari (23).

Il peut arriver qu'au cours de l'inventaire, la femme soit amenée à faire des actes qui dépassent le cadre des actes purement conservatoires : reconnaissance de dettes, de droits sur la propriété de certains biens, tous actes qui exigent la capacité de disposer. La femme pourra ainsi s'obliger, mais alors elle n'engagera qu'elle-même.

Les premières difficultés apparaîtront lorsqu'il s'agira pour la femme de régler les frais de l'inventaire. La femme commune en biens n'a pas le maniement des deniers et, en général, elle devra avoir recours à son mari. Toutefois, un important correctif peut être tiré de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause.

Tout d'abord, l'obligation de l'inventaire incombant en principe au mari en vertu de l'article 1412 du Code civil, il sera très facile d'admettre que la femme qui a confectionné seule l'inventaire n'a fait en réalité que représenter son mari, qu'il y a eu gestion d'affaires entre époux au sens de l'article 219, alinéa 3, du Code civil (24). Cependant, il existe une limite naturelle à son application, énoncée par l'article 1375 du Code civil : il doit s'agir de dépenses « utiles ou nécessaires ». Aussi l'application de l'article 219, alinéa 3, du Code civil deviendra-t-elle douteuse lorsque l'inventaire révélera un passif supérieur à l'actif, car la communauté ne retirera aucun profit de la succession échue à la femme.

De même, lorsque la communauté est appelée à tirer profit de la succession, soit pour la pleine propriété si les biens successoraux doivent tomber en communauté, soit pour l'administration et la jouissance s'ils doivent rester propres à la femme, il semble normal

(22) Dijon, 15 février 1844, S. 1844-II-552; Orléans, 15 février 1893, S. 1893-II-288, D. 1893-II-268.

(23) Note anonyme au *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26159, n° 56; PICARD, *op. cit.*, p. 63; FRÉJAVILLE, *Chron. au D.* 1945, p. 32.

(24) JULIOT DE LA MORANDIÈRE, J.C.P. 1943-I-304; MICHENET, J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722 n° 83; PICARD, *op. cit.*, p. 53; sur la gestion d'affaires entre époux avant 1938, voir PLANTOL, *Traité pratique de droit civil français*, par NAST, T. VIII, n° 359.

d'appliquer l'adage « *ubi emolumentum ibi onus* » (25). Mais, là encore, il est indispensable que l'actif soit supérieur au passif pour que la communauté soit engagée. Dans le cas contraire, la femme sera tenue des frais d'inventaire sur ses seuls biens personnels.

Aussi, en pratique, pour éviter toute discussion possible, les notaires ne manqueront pas d'exiger le concours du mari à l'inventaire, ce qui donnera l'assurance que, quel que soit le bilan de la succession, les frais engagés seront facilement récupérables.

180. — Ainsi, dès la rédaction de l'inventaire, se rencontre une première limite à l'exercice de la capacité de la femme commune en biens; ce n'est pas la seule. En vertu du principe successoral de la transmission immédiate de la propriété dès la mort du *de cujus*, la femme ou la communauté, suivant les cas, sont devenus propriétaires des biens successoraux dès l'ouverture de la succession. Par suite, malgré l'existence du bénéfice d'inventaire, la femme ne pourra que difficilement procéder seule aux opérations de partage de la succession.

Et, cependant, on pourrait être tenté de soutenir que la femme commune en biens dispose d'une entière liberté d'action pour procéder aux opérations de liquidation d'une succession bénéficiaire. L'une des conséquences du bénéfice d'inventaire est la séparation des patrimoines; jusqu'à la fin des opérations successorales, les biens héréditaires resteront séparés du patrimoine propre de la femme ou du patrimoine commun, ils seront « en marge des biens des époux » (26). Il serait donc naturel de reconnaître à la femme toute liberté d'action sur cette masse successorale, sauf, bien entendu, une fois la succession entièrement liquidée, l'obligation de remettre le reliquat au mari.

Une telle conception ne saurait prévaloir car elle serait contraire aux principes du droit successoral français. La séparation des patrimoines n'empêche pas que la femme ou la communauté sont devenues propriétaires des biens successoraux dès le décès du *de cujus* et, par suite, les opérations de liquidation et de partage de la succession devront suivre les mêmes règles qu'en cas de succession acceptée purement et simplement.

On arrive ainsi à un résultat paradoxal. En cas de succession acceptée sous bénéfice d'inventaire qui, pourtant, offre beaucoup plus de garanties qu'une succession acceptée purement et simplement, la femme commune en biens éprouve plus de difficultés à exercer sa capacité. Et, cependant, ce résultat n'est pas discutable;

(25) Sur l'application de cet adage sous le régime de la communauté : ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VIII, § 508, texte et note 42; Cass. req., 30 novembre 1937, S. 1938-I-177, note VIALLETON; Cass. civ., 3 août 1943, *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26273; PICARD, *op. cit.*, p. 53.

(26) FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 32-II, n° 18.

il est commandé à la fois par les règles du droit successoral et par les règles du régime de communauté.

SECTION III

LA RENONCIATION A SUCCESSION

181. — Sous l'empire du Code civil de 1804, il ne faisait pas de doute que la femme commune en biens ne pouvait renoncer seule à une succession qui lui était échue; cette solution était la conséquence normale de l'incapacité de la femme mariée (art. 217 C. civ. ancien) et s'appliquait quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux. Bien que l'article 776, alinéa 1, du Code civil, ne visât expressément que l'acceptation, sa solution devait, à plus forte raison, être étendue à la renonciation.

La loi du 18 février 1938 abrogea l'article 776, alinéa 1, du Code civil et, dès lors, la question se posait de savoir si la femme pouvait librement exercer les trois termes de l'option successorale. Etant donné les discussions qui avaient surgi à propos de l'acceptation pure et simple, il semblait difficile de reconnaître à la femme commune en biens la faculté de renoncer seule. Déjà, sous l'empire de cette loi, un jugement du Tribunal civil de la Seine du 26 janvier 1939 (27) refusait à la femme séparée de biens la possibilité de renoncer seule au motif qu'elle ne pouvait aliéner ses immeubles personnels sans le concours de son mari. Les mêmes principes semblaient devoir s'appliquer sous le régime de la communauté légale.

La loi du 22 septembre 1942 permet, sans aucun doute, à la femme commune en biens d'exercer librement les deux premiers termes de l'option. Une analyse superficielle de la question avait amené les premiers commentateurs de la loi de 1942 (28) et même un jugement (29) à lui reconnaître la même faculté pour la renonciation.

En réalité, la renonciation par la femme commune en biens à une succession pose un problème délicat, car elle met en conflit deux sortes de règles, les règles du régime matrimonial et les règles du droit successoral.

A l'intérieur du régime de communauté, il y a conflit entre la capacité nouvellement reconnue à la femme qui tendrait à lui reconnaître la liberté d'option et le but même du régime de

(27) Trib. civ. Seine, 26 janvier 1939, J.C.P. 1939-II-1078, note critique R.D.

(28) Note anonyme au *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26159, n° 5 a; note M.A. sous Trib. civ. Seine, 30 mars 1943, S. 1944-II-9; DEFRENOIS, *Rép. prat. not.*, 1945, art. 26288, n° 11.

(29) Trib. civ. Caen, 15 décembre 1942, G.P. 1943-I-32, *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26127.

communauté qui est l'association des biens des époux pour subvenir aux diverses charges du ménage. Par sa renonciation, la femme risque de priver la communauté de biens ou de revenus qui, peut-être, se seraient révélés utiles pour la bonne marche de l'association conjugale. Au principe de la liberté d'option, semblent donc déjà s'opposer des règles d'ordre moral ou plutôt « d'équité » (30).

Les principes du droit successoral viennent eux aussi, semble-t-il, restreindre la liberté d'option de la femme. La communauté, en vertu du principe de la transmission immédiate des biens de la succession, a acquis des droits sur les biens successoraux avant l'exercice de l'option par la femme. Reconnaître à la femme commune en bien la possibilité de renoncer seule à une succession, n'est-ce pas, dès lors, lui permettre de disposer des biens communs lorsque la succession tombe en communauté ou de la pleine propriété de ses propres lorsque la succession est destinée à lui rester propre ? Les articles 1421 et 1428 du Code civil semblent s'opposer à une telle solution.

Le Tribunal civil de Rouen, dans son jugement du 12 septembre 1944 (31), a cru pouvoir résoudre le problème en interdisant à la femme commune en biens de renoncer seule. En réalité, ni les règles du régime de communauté, ni les principes du droit successoral n'imposaient cette restriction à sa capacité. Depuis 1942, elle peut librement renoncer seule sans, pour cela, que les droits du mari et de la communauté soient méconnus puisque le chef du ménage pourra, dans certaines conditions, sauvegarder l'intérêt de la famille par un recours à la justice.

I. — La femme commune en biens peut renoncer seule.

182. — Le Tribunal civil de Rouen se base sur les principes suivants pour interdire à la femme commune en biens de renoncer seule : en droit français, la dévolution successorale s'opère automatiquement par le seul effet de la loi, au moment du décès du *de cuius*. Par suite, en vertu de l'article 1401 du Code civil, dès l'ouverture de la succession, avant même que la femme ait pris parti, les biens qui lui sont dévolus sont tombés de plein droit en communauté soit pour la pleine propriété soit pour la jouissance. L'acceptation de la femme ne fait que consolider un état de droit préexistant; par sa renonciation, la femme commune priverait la communauté de droits déjà acquis, « lui causant ainsi un appauvrissement, et non pas seulement un manque à gagner ». Or, même depuis 1942, elle ne saurait porter préjudice de son propre chef à la communauté car elle ne peut aliéner les biens communs (art. 1421, C. civ.) ni la pleine propriété de ses biens personnels

(30) Note SAVATIER sous Rouen, 12 septembre 1944, J.C.P. 1946-II-3016.

(31) Trib. civ. Rouen, 12 septembre 1944, D. 1945-196, note FRÉJAVILLE, J.C.P. 1946-II-3016, note SAVATIER.

(art. 1428, C. civ.). Si elle veut renoncer à une succession, elle doit solliciter le concours du mari, chef de la communauté, ou, à défaut, se faire autoriser par justice.

A cette argumentation, on ne saurait valablement opposer que la renonciation a elle-même un effet rétroactif (art. 785, C. civ.) et que, par suite, la femme renonçante est réputée n'avoir jamais été héritière, d'où l'on déduirait que la communauté serait censée n'avoir jamais eu de droits sur la succession. Ce serait oublier qu'en renonçant, la femme appauvrirait elle aussi rétroactivement la communauté (32).

A ces arguments proprement juridiques, M. Savatier ajoute des motifs « d'équité ». « En équité, dit-il, on sent bien que la femme commune qui renoncerait à une succession sans l'aveu de son mari manquerait à l'esprit du pacte conjugal » (33). En se mariant, les époux ont convenu de mettre en commun toutes les ressources qui peuvent leur advenir et, en renonçant, la femme risque de priver le mari et la communauté de revenus peut-être importants.

Notons immédiatement que cet argument d'équité paraît assez faible dans le cas présent. Si, en règle générale, il est important et justifie tout le régime de communauté, ici il ne trouvera que très rarement à s'appliquer car, en pratique, si la femme commune en biens désire renoncer à une succession, ce ne sera généralement pas pour porter atteinte au pacte conjugal, mais parce que la succession lui semblera mauvaise et qu'elle voudra éviter à la communauté d'avoir à supporter les frais assez importants d'un inventaire. Aussi, l'argument d'équité avancé par M. Savatier, loin de justifier une renonciation par les deux époux, laisse au contraire toute liberté à la femme.

183. — Cependant, la doctrine presque unanime (34) ne tarda pas à faire sienne l'opinion émise par le Tribunal civil de Rouen et les discussions ne portèrent plus que sur la sanction du concours des deux époux à la renonciation.

(32) Trib. civ. Rouen, 12 septembre 1944, préc.; FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 32-III, n° 19.

(33) Note SAVATIER sous Rouen, 12 septembre 1944, J.C.P. 1946-II-3016.

(34) Note SAVATIER au J.C.P. 1946-II-3016; FRÉJAVILLE, Chron. au D. 1945, p. 32, et note au D. 1945, p. 198; G. GALLOO, « Renonciation par la femme seule à une succession mobilière », *Rép. prat. not.*, 1953, art. 27124; Georges TEANOR, *L'intervention du mari ou de justice au cas de successions échues à la femme sous le régime de la communauté légale*, thèse Strasbourg, 1949, pp. 122 à 127; Yves DELETRÉ, *Le pouvoir propre de la femme sur les biens communs et l'équilibre du régime de communauté*, thèse Lille, 1948, pp. 52-53; Pierre CARLES, *L'habilitation judiciaire des époux*, thèse Toulouse, 1946, pp. 94-95; Jean PICARD, *Des successions échues à une femme mariée*, thèse Toulouse, 1949, pp. 63 à 73; André PALEY, *Aspects nouveaux de l'intervention de justice dans le jeu des régimes matrimoniaux : les articles 217 et 219 du Code civil*, thèse Paris, 1948, p. 160; *contra* : RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 1831, T. III, n° 2350; ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VIII, § 513, texte et note 1-2; note M.A. sous Trib. civ. Seine, 30 mars 1943, S. 1944-II-9; Jean BRUNET, « La capacité civile de la femme mariée en matière de succession et de partage », G.P. 1951-II, Doctr., p. 41-1; DEPIERROIS, *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27029.

Deux systèmes semblaient possibles et ils ont tous les deux été soutenus : selon les uns, la renonciation à une succession faite par la femme seule serait inopposable au mari, selon les autres elle serait nulle.

Le système de l'inopposabilité a été proposé par M. Savatier (35). Il a été ensuite repris par de nombreux auteurs (36). Il a le mérite de vouloir concilier la capacité de la femme mariée avec les principes du droit successoral. En l'absence d'assentiment du mari, la renonciation de la femme ne sera pas nulle mais le mari gardera le droit de réclamer en justice sur la base de l'article 217 du Code civil les droits qui auraient dû tomber en communauté. En faveur de cette opinion, les mêmes auteurs invoquent un argument d'analogie tiré de l'article 788 du Code civil. Cet article annule la renonciation de l'héritier insolvable dans la mesure où elle porte préjudice à ses propres créanciers.

La théorie de l'inopposabilité n'est pas défendable en pratique. Tout d'abord, l'argument d'analogie tiré de l'article 788 du Code civil ne saurait résister à l'analyse qu'a fait de cette disposition la jurisprudence. En effet, l'action paulienne des créanciers de l'héritier n'est recevable que si la renonciation revêt un caractère frauduleux (37). Or, la renonciation effectuée par la femme seule sera rarement frauduleuse; en tout cas, la fraude ne saurait être présumée et ce serait au mari d'apporter cette preuve toujours difficile.

En outre, le système de l'inopposabilité entraîne des difficultés pour la confection des lots, car de quel droit le mari pourra-t-il intervenir au partage de la succession immobilière ? En vertu de l'article 818 du Code civil, il ne peut que demander le partage provisionnel des biens qui ne tombent pas en communauté. Le partage définitif ne peut être demandé par lui sans le concours de sa femme qui agit principalement. Le mari ne pourrait donc pas recourir à la justice sur la base de l'article 217 du Code civil pour provoquer le partage définitif. Il ne lui resterait que le seul recours à l'article 219 du Code civil. Mais, par hypothèse, celui-ci lui est fermé puisque, en renonçant, la femme a montré qu'elle n'était pas « hors d'état de manifester sa volonté » comme l'exige cet article pour son application.

Surtout — et c'est là, semble-t-il, l'argument décisif — en face du principe de la transmission immédiate de la succession qui n'est qu'un principe coutumier reconnu depuis Pothier (38), il est

(35) Note SAVATIER au J.C.P. 1946-II-3016, préc.

(36) Georges TEANOR, thèse préc., p. 124; G. CALLOO, *op. cit.*; CARLES, thèse préc., p. 94; André PALEY, thèse préc., p. 160; Yves DELETRÉ, thèse préc., p. 52.

(37) Cass. req., 11 novembre 1878, D. 1879-I-416; Cass. req., 28 décembre 1938, D.C. 1941, p. 132.

(38) POTHIER, *Traité des successions*, T. VII, chap. III, sect. 4, p. 180.

un autre principe successoral non moins important, le principe de l'indivisibilité de l'option (39) : l'héritier ne saurait être acceptant pour partie et renonçant pour le reste, l'option successorale est une ou elle n'est pas. Or, c'est pourtant à cela qu'aboutit le système de l'opposabilité : la femme commune en biens serait réputée renonçante pour les biens devant faire partie de son patrimoine propre et acceptante pour ceux tombant en communauté.

Faut-il alors admettre que la renonciation effectuée par la femme seule sera nulle, comme semble le proposer M. Picard ? (40). Mais sur quel texte baser cette nullité et quelles personnes pourraient l'invoquer ? La femme et le mari, ou le mari seul ? Surtout, cette nullité est en contradiction avec la capacité reconnue à la femme mariée : la femme étant capable, on ne saurait soutenir la nullité de ses actes. Cette théorie est donc encore moins défendable que la thèse de l'opposabilité.

184. — Ainsi, dans ses conséquences directes, le jugement du Tribunal civil de Rouen du 12 septembre 1944 (41) aboutit à une impasse : l'impossibilité de trouver une sanction valable à une renonciation effectuée par la femme seule. Mais ce n'est pas tout : sur le terrain des principes mêmes affirmés par le jugement, la critique est possible.

Tout d'abord, le principe de la transmission immédiate de l'hérédité est un principe coutumier qui est discuté (42). En outre, il est loin d'avoir dans notre droit successoral une application aussi large qu'on veut bien le faire croire. En particulier, il aurait dû amener à décider que l'héritier qui demeure trente ans sans prendre parti serait considéré comme acceptant. La jurisprudence n'a pu se résoudre à admettre cette solution manifestement contraire à la volonté de celui qui s'abstient d'exercer l'option successorale (43).

D'autres conséquences de ce principe sont aussi fausses et rejetées par notre droit positif (44). Il conduit à admettre que l'héritier

(39) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 1060; GUÉNÉE, « De l'indivisibilité de l'acceptation d'une hérédité », *Rev. crit.*, 1892, pp. 453 et suiv.

(40) PICARD, *op. cit.*, pp. 68-69.

(41) Trib. civ. Rouen, 12 septembre 1944, D. 1945-196, note FRÉJAVILLE, J.C.P. 1946-II-3016, note SAVATIER.

(42) VERDIÉ, *De la transmission de la propriété « mortis causa »*, thèse Bordeaux, 1899, pp. 36 et suiv.; Paul MEYSSON, *La répudiation des successions et des legs*, thèse Paris, 1931, n° 8; ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VIII, § 513, texte et note 1-2; FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 32, n° 19.

(43) Cass. civ., 13 juin 1855, D. 1855-I-253, S. 1855-I-690; Cass. req., 29 janvier 1862, D. 1862-I-273, S. 1862-I-337; Cass. civ., 28 février 1881, D. 1881-I-195, S. 1881-I-343; Cass. civ., 13 février 1911, D. 1911-I-391, S. 1911-I-248; Cass. req., 15 janvier 1929, S. 1929-I-191; Cass. req., 27 janvier 1941, J.C.P. 1941-II-1635, note VOIRIN.

(44) Jean BRUNET, « La capacité civile de la femme mariée en matière de succession et de partage », G.P. 1951-II, Doctr., p. 41-I.

qui renonce aliène en réalité des droits qui lui sont propres. En vertu de cette règle, la capacité pour renoncer devrait être la même que pour aliéner. Or, il n'en est rien : pour un mineur, la renonciation à une succession exige seulement l'autorisation du conseil de famille (art. 461, C. civ.), alors que l'aliénation d'un immeuble nécessite l'homologation du tribunal (art. 457 et 458, C. civ.). De plus, si la renonciation équivalait à une aliénation, l'héritier subséquent devrait tenir ses droits non directement du *de cuius* mais du renonçant.

Faire nôtre l'opinion du Tribunal civil de Rouen serait, selon l'expression même de M. Fréjaville (45), admettre « un résultat qui heurte le bon sens ». Si, à première vue, la solution adoptée par ce tribunal semble « d'un rigoureuse logique » (46), c'est parce qu'on admet comme postulat que la transmission immédiate de la succession est un principe intangible de notre droit français.

En réalité, rien ne s'oppose à ce que la femme commune en biens, maîtresse des deux premiers termes de l'option, puisse de même exercer librement la renonciation (47). Si les auteurs ont pu facilement admettre la solution dégagée par le Tribunal civil de Rouen, c'est parce qu'ils étaient effrayés des conséquences possibles d'une renonciation par la femme seule. Pourtant, il ne faut pas perdre de vue qu'en pratique, les femmes ont maintenant l'habitude des affaires et que, d'ailleurs, dans le cas précis de succession, la femme sera conseillée par son notaire. S'il est juste de conserver en principe au mari la direction des intérêts pécuniaires du ménage, il faut, cependant, savoir reconnaître que désormais la femme mariée est capable et, chaque fois que cela est possible, il faut transformer cette capacité en pouvoirs.

Mais, bien entendu, la femme commune en biens ne saurait abuser de la liberté d'action qui lui est ainsi reconnue. Elle ne doit pas pouvoir frustrer injustement la communauté. Aussi, il apparaît nécessaire de reconnaître au mari un recours contre une renonciation abusive de la femme commune en biens.

II. — Les recours du mari, chef de la communauté, en cas de renonciation abusive de la part de la femme.

185. — Il sera rarement de l'intérêt de la femme de faire une renonciation qui porterait préjudice à la communauté car, ce faisant, elle agirait contre son intérêt personnel. En effet, si les biens recueillis par succession doivent lui rester propres, la femme

(45) FRÉJAVILLE, note au D. 1945, p. 198-III.

(46) FRÉJAVILLE, D. 1945, Chron., p. 32-III, n° 19.

(47) En ce sens : RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 1831, et T. III, n° 2350; ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VIII, § 513, texte et note 1-2; note M.A. sous Trib. civ. Seine, 30 mars 1943, S. 1944-II-9; Jean BRUNET, G.P. 1951-II, Doctr., p. 41-I; DÉPIERROIS, Rép. prat. not., 1952, art. 27029.

les reprendra en nature à la dissolution de la communauté; s'ils sont destinés à devenir communs, elle aura droit à la moitié en acceptant la communauté. Aussi, en règle générale, lorsqu'elle renoncera à une succession, ce sera uniquement parce que celle-ci se révélera mauvaise.

Cependant, si, par exception, la femme, en renonçant, porte préjudice à la communauté, le mari, chef de celle-ci, ne doit pas être dépourvu de tout pouvoir. Il doit au besoin faire prévaloir l'intérêt de la famille sur l'intérêt personnel de la femme et, à cet égard, il dispose de deux moyens d'action : le recours à la justice sur le fondement de l'article 219 du Code civil et la possibilité de faire annuler les renonciations frauduleuses.

A. — LE RECOURS A LA JUSTICE SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 219 DU CODE CIVIL.

186. — Les auteurs qui assimilent la renonciation à une aliénation et qui, en conséquence, sont amenés à exiger le concours des deux époux pour qu'elle produise plein effet, accordent au mari la possibilité de se faire autoriser par justice sur le fondement de l'article 217 du Code civil pour accepter la succession dans la mesure des droits de la communauté (48). En effet, d'après ces auteurs, la renonciation exige le concours des deux époux et si le concours de l'un fait défaut, le recours à l'article 217 du Code civil est le seul possible.

En réalité, le raisonnement de ces auteurs est vicié à la base, même si on admet le principe de la transmission immédiate de la succession. Ce que le mari sollicite du tribunal n'est pas l'habilitation pour refuser une succession auquel cas, si on appliquait l'opinion qu'ils préconisent, ce serait bien l'article 217 du Code civil qui devrait être employé; ce que le mari demande au tribunal c'est, au contraire, l'habilitation pour accepter la succession qui est échue à la femme. Or, seule, la femme commune en biens peut accepter une succession qui lui est dévolue, à cet égard le mari ne dispose d'aucun commencement de pouvoir. l'autorisation sur la base de l'article 217 du Code civil doit donc lui être refusée, le seul recours possible doit être basé sur l'article 219 du Code civil.

187. — Mais l'article 219 du Code civil aura peu d'occasions de s'appliquer, car il faudrait supposer qu'entre temps la femme soit devenue incapable d'exprimer sa volonté, ce qui se produira assez rarement en pratique.

(48) Note SAVATIER sous Rouen, 12 septembre 1944, J.C.P. 1946-II-3016; G. GALLOO, « Renonciation par la femme seule à une succession mobilière », *Rép. prat. not.*, 1953, art. 27124; Georges TEANOR, *L'intervention du mari ou de la justice au cas de successions échues à la femme sous le régime de la communauté légale*, thèse Strasbourg, 1949, pp. 125-126.

De plus, les règles des régimes matrimoniaux entrent en conflit avec les principes successoraux. Par le jeu de l'article 219 du Code civil, le mari devient le représentant de sa femme; il ne saurait avoir plus de pouvoirs que celle-ci, ce qui revient à dire que le mari ne peut revenir sur la renonciation de sa femme que dans les cas où elle-même pourrait le faire. A cet égard, l'article 790 du Code civil pose une limite aux droits de l'héritier de rétracter sa renonciation : il ne peut le faire que tant qu'un héritier subséquent n'a pas lui-même accepté. L'article 790 du Code civil est opposable au mari, chef de la communauté, qui obtient du tribunal l'autorisation de revenir sur la renonciation de sa femme.

Quand le mari peut faire jouer l'article 219 du Code civil, il faut admettre que non seulement il sauvegarde ainsi les droits de la communauté, mais encore que la femme est réputée acceptante pour la totalité de la succession. Cette solution est commandée par le principe de l'indivisibilité de l'option.

Toutefois, le mari dispose d'un autre moyen d'action, le seul normal en notre espèce, le droit de faire annuler la renonciation frauduleuse de la femme.

B. — L'ANNULATION DE LA RENONCIATION FRAUDULEUSE DE LA FEMME.

188. — La notion de fraude est appelée à jouer sous le régime de la communauté un rôle chaque jour plus important. Avant 1942, alors que le mari détenait presque tous les pouvoirs sur les biens du ménage, la jurisprudence en avait fait application pour protéger la femme et cela dans deux domaines distincts.

Tout d'abord, généralisant la solution contenue dans l'article 243 du Code civil (49) qui, en cas d'instance en divorce ou en séparation de corps, déclare nulle toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des biens qui en dépendent s'il est prouvé qu'elles ont été faites ou contractées en fraude des droits de la femme (50), et se fondant tant sur l'adage *fraus omnia corrumpit* que sur la tradition (51), la jurisprudence admit et admet encore que la femme peut, en dehors même de toute instance en divorce, demander l'annulation des actes frauduleux que le mari a faits soit pour

(49) Sur la question, voir notamment : VÉRON, *Les actes accomplis par le mari sur la communauté en fraude des droits de la femme*, thèse Paris, 1924; LÉCUYER, *De la fraude par le mari dans la gestion des biens communs sous le régime de communauté*, thèse Rennes, 1939.

(50) Cass. civ., 23 janvier 1928, D.P. 1928-I-86, rapport de M. A. COLIN, S. 1928-I-168; Cass. civ., 10 mai 1933, D.H. 1933-361.

(51) Art. 225 coutume de Paris; art. 193 coutume d'Orléans.

s'enrichir illégitimement, soit uniquement dans le but de lui nuire, dût-il même en souffrir lui-même (52).

Dans le même sens et à propos des actes du mari sur les propres de la femme, la jurisprudence permet à la femme, même pendant le cours de la communauté, ou après l'acceptation de celle-ci une fois dissoute, de faire annuler l'acte de disposition frauduleux passé par le mari (53).

Depuis 1942 et dans la mesure où on reconnaît à la femme la possibilité d'agir tant sur ses biens propres que sur les biens communs, il apparaît nécessaire de généraliser les solutions admises antérieurement par la jurisprudence et d'admettre que l'un quelconque des époux peut agir en révocation des actes frauduleux passés par son conjoint. En effet, il ne faut pas oublier qu'en se mariant et en adoptant le régime de communauté, les époux ont voulu associer étroitement leurs biens en vue de l'intérêt de la famille. Si, au cours du régime, l'un des époux manque au pacte conjugal, l'autre conjoint ne doit pas rester dépourvu de moyens d'action pour faire prévaloir l'intérêt commun sur l'intérêt personnel.

189. — En cas de renonciation à succession, la révocation pour fraude apparaît d'ailleurs comme la sanction idéale. La femme, capable, doit pouvoir librement renoncer à une succession qui lui est échue. Généralement, elle le fera lorsque la succession sera notoirement mauvaise. Alors, tout en servant son intérêt personnel, elle agira pour le bien du ménage. Mais si sa renonciation a pour but de nuire à l'intérêt familial, même si pour cela elle doit se causer préjudice, elle ne doit pas pouvoir abuser des pouvoirs qui lui sont reconnus. Le mari, en tant que chef de la communauté, doit disposer de l'action en révocation de la renonciation frauduleuse. Naturellement, il aura à prouver la fraude, mais, généralement, celle-ci apparaîtra en comparant l'actif et le passif de la succession.

(52) Bordeaux, 7 février 1878, D. 1879-II-124, S. 1878-II-258; Cass. civ., 3 juillet 1912, D. 1913-I-409; Paris, 24 juillet 1928, S. 1929-II-97, note Mme BÉQUIGNON; Cass. civ., 4 décembre 1929, D.P. 1931-I-81, note NAST, S. 1931-I-361, note HUBERT; Cass. req., 27 janvier 1930, D.H. 1930-113, S. 1931-I-97, note HUBERT; Trib. civ. Thionville, 29 août 1952, D. 1953-620, note WEILL.

(53) Amiens, 20 octobre 1925, D.H. 1925-637; Colmar, 5 mars 1936, S. 1936-II-179; Rennes, 8 juillet 1948, S. 1948-II-179; *contra* : Cass. req., 8 novembre 1893, D. 1894-I-417.

CHAPITRE II

LE PASSIF DES SUCCESSIONS ECHUES A LA FEMME COMMUNE EN BIENS (1)

190. — L'héritier qui accepte la succession qui lui est dévolue, s'engage par là même à payer les dettes héréditaires. Mais le gage des créanciers varie suivant le mode d'acceptation : l'acceptation pure et simple entraîne l'obligation *ultra vires hereditatis*, l'acceptation bénéficiaire n'engage le successible que jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille.

Ces règles assez simples de notre droit successoral subissent certaines atteintes lorsque l'héritier se trouve être un époux commun en biens. En effet, il importe alors de tenir compte de la règle formulée par l'article 1411 du Code civil qui énonce le principe même de la réglementation légale : la communauté doit supporter le passif dans la mesure où elle recueille l'actif ; au contraire, elle ne doit pas être tenue lorsque l'actif reste propre à l'époux qui succède. C'est une application de l'adage *ubi emolumentum ibi onus*. Le droit des créanciers héréditaires, sous la communauté légale, dépend donc, en principe, de la nature mobilière ou immobilière de la succession.

(1) Les règles qui régissent le passif des successions échues à la femme commune en biens s'appliquent également aux dettes des successions testamentaires, c'est-à-dire à celles dont la femme serait tenue en tant que bénéficiaire d'un legs universel (art. 1012 C. civ.), aux dettes grevant les biens qu'elle recueille à titre d'institution contractuelle (art. 1036 C. civ.), enfin aux dettes dont elle serait chargée par la clause d'une donation qui lui serait faite pendant le mariage (art. 1418 C. civ.).

Cependant, ce principe de la proportionnalité entre l'actif et le passif subit une atteinte assez importante lorsque c'est la femme qui est héritière. En effet, il ne faut pas oublier que la femme commune en biens ne peut obliger de sa propre volonté la communauté; pour cela, elle a besoin du consentement du mari. Aussi, une certaine disparité peut exister entre l'actif et le passif durant le mariage; mais cette disparité ne saurait être que provisoire. Elle ne durera que tant que dure le mariage lui-même et, à la dissolution, par le jeu des récompenses, la proportionnalité entre l'actif et le passif se trouvera rétablie.

Donc, à propos du passif d'une succession échue à la femme commune en biens, deux questions vont se poser, d'une part, l'étendue du droit de poursuite des créanciers héréditaires — c'est le problème de l'obligation aux dettes — et, d'autre part, la répartition exacte du passif après la dissolution du mariage — c'est le problème de la contribution aux dettes.

La question de l'obligation aux dettes est la plus importante, car elle met en jeu les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel. Pour être complet, il faut cependant évoquer brièvement le problème de la contribution au passif héréditaire.

SECTION I

LE DROIT DE POURSUITE DES CRÉANCIERS HÉRÉDITAIRES (2)

191. — Pour déterminer le droit de poursuite des créanciers héréditaires, le Code civil de 1804 distinguait suivant que la femme commune en biens avait accepté la succession avec l'autorisation maritale ou avec celle de justice.

Dans le premier cas, outre les biens héréditaires qui, de toute façon, constituaient leur gage (art. 1413 et 1417 C. civ. ancien), les créanciers de la succession pouvaient saisir en pleine propriété les propres de la femme qui était devenue leur débitrice personnelle; et cela quelle que soit la nature des biens qui composaient la succession (art. 1413 et 1417, C. civ. ancien). En outre, si la succession était mobilière ou mixte, ils pouvaient poursuivre le paiement de la totalité de leurs créances non seulement sur les biens communs (art. 1411 et 1416, C. civ. ancien), mais encore sur ceux du mari (arg. art. 1419, C. civ.). Quand, enfin, la succession était immobilière, l'autorisation du mari aurait dû, par applica-

(2) Nous n'envisageons que le cas d'une succession acceptée purement et simplement, car l'acceptation bénéficiaire limitant le droit des créanciers aux biens héréditaires, la question des pouvoirs de la femme commune en biens ne se pose pas en principe dans cette hypothèse.

tion de l'article 1419 du Code civil, avoir pour effet de conférer aux créanciers héréditaires action sur la communauté et les propres du mari; mais, au principe inscrit dans l'article 1419 du Code civil, l'article 1413 ancien avait préféré l'application stricte de la règle *ubi emolumentum ibi onus*. Les créanciers ne pouvaient donc se faire payer que sur les biens de la succession et sur la pleine propriété des propres de la femme (3).

Les droits des créanciers héréditaires se trouvaient restreints lorsque la femme acceptait la succession avec l'autorisation de justice. En effet, celle-ci ne pouvait l'habiliter à disposer des biens communs ni à les engager (art. 1426, C. civ. ancien). Les créanciers avaient le droit de poursuivre les biens héréditaires, mais ils n'avaient aucune action sur la communauté ni sur les biens du mari. Quant aux propres de la femme, ils pouvaient les poursuivre, mais sous réserve du droit de jouissance de la communauté. Là encore, la loi dérogeait au principe suivant lequel le patrimoine qui acquiert l'actif dévolu à l'un des époux est tenu du passif car, bien que la succession fût acceptée par la femme avec la seule autorisation de justice, les meubles qui la composaient n'entraient pas moins en communauté. Il fallait toutefois réserver le cas où le mari n'avait pas fait dresser un inventaire du mobilier car, à défaut d'inventaire, les créanciers pouvaient poursuivre la totalité de leurs créances sur la communauté et même sur les propres du mari (art. 1416, al. 2, et 1417, C. civ. ancien).

192. — La loi du 18 février 1938 ne modifia pas le texte des articles 1411 à 1418 du Code civil. Ce fut l'œuvre de la loi du 22 septembre 1942 et désormais le gage des créanciers héréditaires varie suivant que la femme commune en biens a accepté seule la succession, que le mari a donné son acquiescement à l'acceptation ou que la femme a eu recours à l'habilitation judiciaire.

I. — Acceptation par la femme seule.

193. — Si la femme commune en biens accepte seule, les créanciers héréditaires auront action sur la pleine propriété des biens de la succession, et sur la « nue-propriété » des propres de la femme (art. 1416, C. civ.). Cette solution n'est que la reproduction de l'ancien article 1417 du Code civil au cas d'acceptation par la femme avec l'autorisation de la justice; celle-ci, en effet, avait pour unique objet de relever la femme de son incapacité sans lui donner le pouvoir d'obliger la communauté. Aujourd'hui, la femme mariée possède de droit la capacité nécessaire pour accep-

(3) AUBRY et RAU, 5^e éd., T. VIII, § 513, texte et note 8; PLANIOL, *Traité pratique de droit civil français*, T. VIII, par NAST, n° 313; GUILLOUARD, T. II, n° 636; LAURENT, T. XXI, n° 453; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. I, n° 544; *contra* : Cass. civ., 23 janvier 1853, D. 1853-I-29; Nancy, 26 mars 1895, D. 1895-II-471.

ter la succession, mais elle n'a toujours pas le pouvoir d'obliger les biens communs (art. 1426, C. civ.). Et l'article 1416, alinéa 1, du Code civil, dispose que les créanciers doivent d'abord exercer leurs poursuites sur les biens de la succession et ne peuvent s'attaquer aux biens personnels de la femme qu'« en cas d'insuffisance de l'hérédité ».

A. — LES CRÉANCIERS HÉRÉDITAIRES DOIVENT D'ABORD EXERCER LEURS POURSUITES SUR LES BIENS DE LA SUCCESSION.

194. — Le législateur a ainsi créé au profit de la femme commune en biens une sorte de bénéfice de discussion. Si les créanciers héréditaires veulent poursuivre d'abord les biens personnels de la femme, celle-ci pourra leur opposer une fin de non-recevoir tant que l'actif successoral n'aura pas été épuisé.

Ce privilège a paru exorbitant et injustifié à certains auteurs (4). L'héritier qui accepte purement et simplement une succession, donne son patrimoine personnel en gage aux créanciers héréditaires, et ceux-ci ne sont pas tenus d'épuiser au préalable les biens de l'hérédité. La femme commune en biens peut obliger son patrimoine personnel et on ne voit pas pourquoi elle serait traitée différemment des autres héritiers.

En réalité, ce bénéfice ne se justifie que dans la mesure où on assimile le droit de jouissance de la communauté à un usufruit : la femme, ayant accepté seule la succession, ne peut engager la pleine propriété de ses propres; une saisie de ses biens personnels dans de telles conditions se révélerait désastreuse, car la vente ne procurerait qu'un prix très faible. C'est ce qu'a voulu éviter le législateur, en obligeant les créanciers à faire vendre l'abord les biens héréditaires dont ils peuvent saisir la pleine propriété et qui constituent leur gage naturel. Mais, si on redonne au droit de jouissance son but et sa portée véritables et si on accorde à la femme le droit de disposer seule de la pleine propriété de ses propres, cette faveur n'a plus de raison d'être et doit disparaître.

B. — EN CAS D'INSUFFISANCE DE L'HÉRÉDITÉ, LES CRÉANCIERS PEUVENT POURSUIVRE LES BIENS PERSONNELS DE LA FEMME, MAIS ILS DOIVENT RESPECTER LE DROIT DE JOUISSANCE DE LA COMMUNAUTÉ.

195. — L'acceptation par la femme seule ne confère pas aux créanciers héréditaires de droits sur les biens communs car les dettes et engagements de la femme commune en biens n'entrent pas en communauté (art. 1426, C. civ.). De même, le droit de

(4) Georges TEANOR, *op. cit.*, p. 113; Albert DEWISME, *Les droits de la femme mariée d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse Lille, 1943, n° 141.

jouissance sur ses propres faisant partie de la communauté, doit lui aussi être respecté. Les créanciers ne peuvent donc saisir que la « nue-propriété » des biens personnels de leur déditrice (art. 1416, al. 2, C. civ.) (5).

A première vue, il peut paraître étrange (6), que la communauté ne soit pas tenue des dettes héréditaires dans la mesure où elle recueille une part d'actif, d'autant plus que si la femme les a payées sur ses biens personnels, elle aura un recours contre la communauté pour la part du passif qui incombait à celle-ci. Mais il ne faut pas oublier que les créanciers héréditaires ont toujours le droit de se faire payer sur les biens de la succession. Ils peuvent donc exercer leur droit de poursuite, non sur tous les biens communs, mais sur les biens mobiliers de la succession malgré leur entrée en communauté. La règle de la proportionnalité ne trouvera vraiment son application que par le jeu des récompenses à la dissolution du mariage.

196. — Plus critiquable est l'engagement de la seule « nue-propriété » des biens personnels de la femme. Certains auteurs (7) y ont vu une faveur injustifiée, voire fâcheuse, pour les créanciers, la femme pouvant volontairement négliger le consentement du mari.

En réalité, il n'en est ainsi que parce que l'article 1416, alinéa 2, du Code civil, assimile le droit de jouissance à un véritable usufruit. Portant dès lors sur des biens déterminés, il ne saurait subir les fluctuations du patrimoine de la femme. Cette conception apparaît particulièrement choquante en cas de succession car, si le patrimoine de la femme subit un appauvrissement en raison du passif héréditaire, normalement, en contrepartie, il devait s'enrichir des biens successoraux. D'ailleurs, limiter l'engagement de la femme à la « nue-propriété » risque de lui causer un préjudice considérable. Ne vaudrait-il pas mieux permettre aux créanciers héréditaires de saisir la pleine propriété d'un propre qui trouverait facilement acquéreur et serait ainsi payé un prix normal plutôt que de les obliger à faire vendre plusieurs « nue-propriétés », ce qui ruinerait la femme ? S'il apparaît normal que la communauté ne soit engagée que du seul chef du mari, il serait équitable de permettre à la femme commune en biens d'obliger la pleine propriété de ses propres au passif successoral.

(5) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, J.C.P. 1943-I-304, n° 48; MICHENET, « La situation juridique de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942 », J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722, n° 25 B; FRÉJAVILLE, *op. cit.*, n° 4; Trib. civ. Seine, 6 juillet 1943, G.P. 1943-II-152, J.C.P. 1943-II-2452, note BECQUÉ, D.A. 1944, Somm., 2; et, appliquant ces principes à une succession échue à la femme avant 1942 : Cass. civ., 8 juin 1948, S. 1949-I-132.

(6) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 440; PICARD, *op. cit.*, p. 143; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 331.

(7) Albert DEWISME, *Les droits de la femme mariée d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse Lille, 1943, n° 141; VOIRIN, D.C. 1943, Lég., p. 50.

D'ailleurs, le projet de loi voté par le Sénat en 1939 accordait dans ce cas aux créanciers héréditaires un droit de poursuite général sur tous les biens propres de la femme sauf récompense de la valeur du droit de jouissance dont la communauté avait été frustrée. Allant plus loin encore, l'avant-projet de Code civil (8) permet le recouvrement sur les biens de communauté « des dettes qui grèvent les successions ou les libéralités échues à la femme » (art. 388, al. 7, de l'avant-projet) sauf récompense à la dissolution du mariage (art. 394, 2^e, de l'avant-projet) si la succession doit rester propre à la femme.

197. — L'article 1416 du Code civil s'applique dans tous les cas aux successions immobilières car toute confusion est impossible, les biens successoraux sont aisément identifiables, même si conformément à la volonté du testateur, ils sont entrés en communauté. Il en est de même pour les successions mobilières ou mixtes si un inventaire des meubles de la succession a été dressé (art. 1417, C. civ.). En effet, il n'est possible de cantonner le droit de poursuite des créanciers héréditaires aux meubles de la succession que si ceux-ci sont restés individualisés. S'ils ont été mélangés aux biens communs, il devient difficile de délimiter le gage assigné aux créanciers et leur action s'élargit et atteint les biens de la communauté.

198. — Normalement, même lorsque la femme accepte seule la succession, l'obligation de l'inventaire incombe au mari (art. 1412, C. civ.). Si celui-ci agit conformément à ses devoirs d'administrateur, les créanciers héréditaires ne pourront saisir que les biens de la succession et la « nue-propriété » des propres de la femme. Mais si, présent, il néglige ou refuse de faire inventorier les biens de l'hérédité, il est responsable du manquement à son obligation (9) et les créanciers ont action sur l'ensemble des biens du ménage (art. 1417, C. civ.).

199. — Il peut arriver cependant que le mari n'ait pas connaissance de l'ouverture de la succession ou qu'il soit hors d'état de manifester sa volonté et que la femme, ayant accepté seule, néglige de procéder à la formalité de l'inventaire. Par sa faute, les biens de l'hérédité vont se trouver confondus avec les biens communs. Faut-il dès lors admettre que les créanciers héréditaires auront action sur l'ensemble des biens du ménage ?

M. Voirin (10) soutient que la confusion entre les meubles héréditaires et les meubles communs est un pur fait indépendant

(8) *Avant-projet de Code civil*, livre I, pp. 277-278, publié à la Librairie du Recueil Sirey, 1955.

(9) Raymond VUICHOUX (*L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse Paris, 1943, pp. 143 et 144) qualifie la négligence du mari de « délit civil ».

(10) VOIRIN, « Le sort et les effets des acquisitions réalisées par la femme commune en biens sans l'intervention de son mari », J.C.P. 1944-I, éd. Not. 395, n° 18. Son opinion a été reprise par PICARD, *op. cit.*, pp. 150-151.

de la personnalité du conjoint qui la réalise. Certes, la femme avait qualité pour faire l'inventaire, c'était même pour elle une obligation (11), mais cette obligation est dépourvue de sanction. « Nous sommes, dit-il, en présence d'une lacune de la loi qui aurait dû subordonner la capacité d'accepter la succession à la confection d'un inventaire du mobilier de sorte qu'à défaut d'inventaire, le mari aurait eu la ressource de faire annuler l'acceptation. » Mais, étant donné le silence de la loi, il faut admettre que la négligence de la femme entraîne l'obligation de la communauté et du mari aux dettes héréditaires.

En faveur de cette opinion, on peut tirer argument des textes des articles 1416 et 1417 du Code civil ancien : avant 1938, à défaut d'autorisation maritale, la femme pouvait se faire habiliter par justice à accepter la succession. Le droit de poursuite des créanciers héréditaires se limitait alors aux biens de la succession et à la « nue-propriété » des propres de la femme, à condition qu'un inventaire ait été dressé; à défaut, l'action des créanciers s'étendait à la communauté et aux biens du mari. Pour étendre ainsi le gage des créanciers, les anciens articles 1416, alinéa 2, et 1417 n'exigeaient pas que le mari fût responsable du défaut d'inventaire. Or, nous savons que le législateur de 1942 a transposé les solutions admises jadis au cas d'acceptation avec autorisation de justice à l'acceptation par la femme seule.

La réfutation de cette thèse a été faite par M. Fréjaville (12). Remarquons tout d'abord combien il serait illogique de permettre à la femme d'engager ainsi la communauté. Il suffirait d'un acte de volonté de sa part — refuser sciemment de dresser l'inventaire — pour pouvoir tourner la disposition de l'article 1426 du Code civil qui lui interdit en principe d'engager la communauté sans le consentement du mari.

En outre, les arguments que l'on peut invoquer en faveur de la thèse de M. Voirin ne sont pas pertinents. Sous le Code civil, le défaut d'inventaire imputable à la femme était difficile à concevoir : il n'était possible qu'en cas d'acceptation avec autorisation de justice. Et le juge, avant de donner son autorisation, ne manquait pas d'exiger un inventaire qui seul permettait de voir s'il était de l'intérêt de la famille que la femme accepte la succession. On ne trouve aucune décision ayant statué sur ce cas.

Actuellement, la rédaction de l'article 1417 du Code civil implique que le défaut d'inventaire susceptible d'entraîner l'engagement

(11) Trib. civ. Seine, 11 mai 1939, G.P. 1939-II-137, J.C.P. 1939-II-1132.

(12) FRÉJAVILLE, « Du droit de poursuite des créanciers d'une succession acceptée par la femme sans l'acquiescement du mari lorsqu'aucun inventaire n'a été dressé », J.C.P. 1945-I, éd. Not. 475. La même thèse a été reprise par Georges TEANOR, *op. cit.*, pp. 108 à 110; DÉTRUY, *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de la communauté légale*, thèse Grenoble, 1950, pp. 193 à 195.

de l'ensemble des biens du ménage est imputable au mari : « *si le mari... ou s'il confond sans inventaire préalable les meubles de la succession...* » La femme n'est aucunement visée dans cet article.

D'autre part, permettre à la femme d'engager la communauté, c'est rendre le mari responsable de la négligence ou de la faute de sa femme. Or, les fautes et délits de celle-ci n'engagent pas la communauté (art. 1424, C. civ.). D'ailleurs, le refus par le mari de dresser l'inventaire peut être l'équivalent d'un acquiescement tacite, les effets dans les deux cas sont les mêmes. Et même si le mari a vraiment commis une faute, il est normal que la communauté en subisse les conséquences, car il engage la communauté par ses délits et quasi-délits.

On objecterait vainement que la solution préconisée par M. Fréjaville est contraire à l'article 1414, alinéa 1, qui accorde, dans tous les cas, aux créanciers héréditaires le droit de poursuivre les biens successoraux, car leur action sur ces biens est toujours subordonnée à la preuve de leur consistance. Et, entre l'intérêt de la communauté et celui des créanciers, il est ici normal de préférer le premier car les créanciers disposaient d'un moyen d'éviter la confusion en demandant la séparation des patrimoines (art. 878) (13).

Lorsque la femme commune en biens confond les meubles héréditaires avec les meubles communs, le droit de poursuite des créanciers de la succession se limite donc à la « nue-propriété » des propres de la femme, à la pleine propriété des biens de la succession qui lui demeurent propres, aux immeubles qui deviennent communs par la volonté expresse du testateur; le droit de poursuite ne s'étend pour le reste à la communauté que dans la mesure où les créanciers apportent la preuve du profit qu'elle a tiré de la succession.

Au total, lorsque la femme accepte seule la succession qui lui est dévolue, le gage des créanciers héréditaires se trouve assez réduit. La capacité n'étant pas complétée par des pouvoirs, l'article 1416 du Code civil montre qu'actuellement la femme est encore loin de devenir l'associée du mari dans la gestion des biens du ménage. Aussi, dans la plupart des cas, l'acquiescement du mari sera demandé afin d'élargir le droit de poursuite des créanciers.

II. — L'acquiescement du mari à l'acceptation de la femme.

200. — La femme a la capacité d'accepter la succession mais elle n'a pas le pouvoir d'obliger la communauté. Il est pourtant logique que celle-ci soit engagée, puisque finalement, elle devra supporter une part du passif proportionnelle à l'actif qu'elle

(13) FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 29-I, A, n° 5.

recueille. C'est l'intervention du mari qui procure ce résultat. Lorsqu'il acquiesce à l'acceptation de la femme, « les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté et du mari, en même temps que sur la pleine propriété des biens personnels de la femme » (art. 1417, C. civ.). Les articles 1413 et 1414 anciens faisaient sur ce point une distinction entre les successions purement immobilières et les successions mobilières ou mixtes. Pour les successions immobilières, le droit de poursuite n'était pas ouvert aux créanciers contre la communauté, car le passif devait rester intégralement à la charge de la femme. Cette distinction a disparu dans la rédaction nouvelle; que la succession reste entièrement propre à la femme, ou qu'elle tombe en totalité ou en partie en communauté, l'acquiescement du mari a pour effet l'engagement de l'ensemble des biens du ménage, la proportionnalité n'étant rétablie qu'à la dissolution du mariage.

201. — Cet acquiescement du chef de la famille peut être exprès ou tacite. Il est tacite lorsque le mari participe aux opérations de liquidation ou de partage de la succession, ou encore, comme nous l'avons vu, lorsqu'il confond les meubles de la succession avec les meubles communs. De même, il peut être concomitant ou postérieur à l'acceptation, car celle-ci, depuis 1938, est valable par elle-même (14).

III. — L'autorisation de justice.

202. — La femme commune en biens qui a accepté seule la succession qui lui est échue, et à laquelle le mari refuse son acquiescement, a un intérêt certain à solliciter l'habilitation ou l'autorisation de justice à l'effet d'engager les biens communs au paiement du passif héréditaire : elle évitera ainsi la saisie de la « nue-propriété » de ses propres. Le même intérêt se retrouve lorsque le mari est hors d'état de manifester sa volonté, et c'est même le cas le plus normal, car rarement le mari, présent et capable, refusera son acquiescement, si la succession apparaît notoirement bonne.

Le recours à la justice sous les régimes matrimoniaux est prévu par les articles 217 et 219 du Code civil; chacun de ces articles a un champ d'application et des effets différents. La femme commune en biens peut-elle les utiliser pour étendre le gage des créanciers héréditaires ?

La réponse à cette question dépend de la conception qu'on a du rôle de la femme dans la gestion de la communauté car le règlement du passif successoral apparaît comme une application particulière de l'engagement de la communauté par la femme auto-

(14) FRÉJAVILLE, *op. cit.*, D. 1945, Chron., p. 30-I b; PICARD, *préc.*, p. 122; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, J.C.P. 1943-I-304, n° 49; MICHENET, J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722, n° 34; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 442; *contra* : note RADOUANT sous Cass. civ., 18 décembre 1940, J.C.P. 1942-II-1078.

risée de justice. Admet-on qu'elle dispose d'un pouvoir propre à l'effet d'engager les biens communs, d'un « pouvoir virtuel », alors le recours à l'autorisation judiciaire basée sur l'article 217 du Code civil est concevable car celle-ci ne fait que matérialiser le pouvoir propre qui de « virtuel » devient effectif. Refuse-t-on, au contraire, de faire de la femme l'associée du mari au cours du mariage, de lui reconnaître un pouvoir personnel sur les biens communs, le seul recours admissible sera dans ce cas l'habilitation judiciaire basée sur l'article 219 du Code civil. Dans la première option, la femme peut aussi bien vaincre le refus injustifié du mari que se substituer à lui s'il est hors d'état de manifester sa volonté; dans la seconde, seule cette dernière éventualité peut autoriser la femme à remplacer son conjoint.

Il ne s'agit pas de reprendre ici l'étude de la controverse qui oppose les auteurs depuis la loi du 22 septembre 1942 (15). L'esprit même de cette loi et les textes qui en sont résultats impliquent le rôle d'associée de la femme commune en biens; disposant d'un pouvoir virtuel à l'effet d'engager les biens communs, la femme matérialise ce pouvoir par l'autorisation judiciaire de l'article 217.

Cependant, les auteurs qui reconnaissent l'existence de ce pouvoir propre, laissent à la femme commune en biens le choix entre les articles 217 et 219 pour le règlement du passif héréditaire, si le mari se trouve hors d'état de manifester sa volonté (16). Cette liberté de choix ne saurait être admise. La femme, disposant d'un commencement de pouvoir à l'effet d'engager la communauté, ne peut utiliser l'article 219 dont l'application est conditionnée justement par l'absence de pouvoirs. La femme ne peut donc se faire autoriser par justice que sur le fondement de l'article 217 à engager la communauté au paiement du passif héréditaire.

En principe, la femme pourra aussi bien exercer un recours contre un refus injustifié du mari que se substituer à celui-ci hors d'état de manifester sa volonté. Cependant, lorsque le mari est présent et capable, on ne voit pas comment elle pourrait justifier sa demande d'autorisation (17) car, sauf le cas très rare où il refusera d'acquiescer à une succession bonne pour créer des ennuis à son conjoint, le chef de famille ne mettra l'ensemble des biens du ménage à l'abri des poursuites des créanciers héréditaires que si la succession est déficitaire.

L'autorisation judiciaire basée sur l'article 217 étant spéciale, la femme devra dans sa demande au tribunal donner une liste

(15) La question a été exposée et discutée à propos des obligations contractées par la femme commune en biens.

(16) CARLES, *L'habilitation judiciaire des époux*, thèse Toulouse, 1946, pp. 96 et 97; FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 31, n° 12 à 16; PICARD, *Des successions échues à une femme mariée*, thèse Toulouse, 1949, p. 137.

(17) VOIRIN, D.C. 1943, L. 53, n° 29.

complète des dettes héréditaires à payer car, si l'une d'entre elles venait à être omise, son recouvrement ne pourrait être poursuivi que sur les biens héréditaires et sur la « nue-propriété » des biens personnels de la femme (18).

SECTION II

LA CONTRIBUTION AUX DETTES HÉRÉDITAIRES

203. — Tant que dure le mariage, dans de très nombreux cas, le paiement des dettes héréditaires n'a pas lieu conformément aux règles qui fixent la répartition du passif entre les différents patrimoines et qui sont contenues dans l'article 1411 du Code civil : chaque patrimoine doit payer le passif successoral dans la proportion de l'actif qu'il recueille. Il se peut, en effet, que la communauté ait acquitté la totalité des dettes héréditaires alors que la succession restait propre à la femme en totalité ou en partie. Inversement, la femme peut avoir payé le passif d'une succession qui tombait au moins partiellement en communauté.

A la dissolution du mariage, le règlement du passif n'est plus dominé par une question de pouvoirs puisque la femme a alors recouvré son entière liberté d'action. Il importe, dès lors, que la règle de la proportionnalité soit rigoureusement respectée et elle l'est par le jeu des récompenses.

204. — Le règlement des récompenses soulève un problème de preuve qui est double : l'époux qui réclame une récompense doit prouver la consistance de l'actif successoral recueilli et le paiement de la dette. Cette dernière preuve ne soulève aucune difficulté et le Code civil ne contient aucune disposition spéciale sur ce point ; il faut donc appliquer le droit commun de l'article 1341 du Code civil.

La preuve de la consistance de l'actif se révèle plus délicate lorsque la succession tombe pour partie en communauté et pour partie reste propre à la femme puisque, pour répartir les dettes, il faut connaître la valeur comparative des meubles et des immeubles héréditaires.

Normalement, cette preuve s'administre au moyen d'un inventaire : aux termes de l'article 1412 du Code civil, le mari doit y faire procéder comme administrateur des biens de sa femme. Mais il se peut que la prescription légale ne soit pas suivie et que l'absence d'inventaire cause préjudice à la femme, créancière de récompenses : il en sera notamment ainsi si elle a payé les dettes de la succession avec l'argent provenant de la vente d'un immeuble héréditaire qui devait lui rester propre. La loi lui permet alors

(18) FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 31, n° 15.

(art. 1413, al. 1, C. civ.) de prouver la consistance et la valeur du mobilier non inventorié, quelle qu'en soit l'importance, par tous moyens, c'est-à-dire par titres et papiers domestiques, par témoins et même par le procédé exceptionnel de la commune renommée, consistant à invoquer les simples ouï-dire affirmés par des tiers.

Etant donné que la femme commune en biens possède désormais la pleine capacité civile, cette très grande facilité de preuve n'apparaît pas justifiée dans tous les cas. Certes, la sanction édictée par l'article 1413, alinéa 1, peut se défendre lorsque la succession est échue au mari ou lorsque, étant échue à la femme, celui-ci est présent car il a manqué à son obligation légale et là, comme lorsqu'il s'agissait du droit de poursuite des créanciers héréditaires, il doit supporter les conséquences de sa négligence.

Mais il peut arriver que le mari n'ait pas connaissance de la succession échue à sa femme ou qu'il soit hors d'état de manifester sa volonté. La femme peut accepter seule et ensuite négliger de faire procéder à l'inventaire du mobilier de la succession. Doit-on encore la faire bénéficier de la facilité de preuve édictée par l'article 1413 ? Il ne le semble pas, car si le défaut d'inventaire préjudicie à la femme, le mari n'en est pas responsable. En invoquant l'article 1413, la femme, en réalité, se prévaut de sa propre négligence et, lorsqu'on connaît la valeur de la preuve de la commune renommée qui peut n'être qu'un simple tissu de racontars, il apparaît particulièrement injuste d'admettre la femme à l'utiliser contre le mari.

D'ailleurs, la situation est comparable à celle qui existait lorsqu'il fallait déterminer le droit de gage des créanciers héréditaires en cas de défaut d'inventaire imputable à la femme. Nous avons admis que ce défaut d'inventaire ne pouvait préjudicier à la communauté ni au mari et pourtant il fallait sauvegarder dans la mesure du possible le droit de poursuite des créanciers de la succession. Ici, cet intérêt n'existe même pas. Il n'y a conflit qu'entre une femme coupable de négligence et un mari dans l'impossibilité de remplir l'obligation édictée par l'article 1412 du Code civil.

L'article 1413, alinéa 1, comme l'article 1417 du Code civil, ne peut viser que le défaut d'inventaire imputable au mari. Si celui-ci est dû à la négligence de la femme, on ne saurait admettre la possibilité d'établir la consistance et la valeur du mobilier par tous les moyens, y compris la commune renommée. En ce cas, on retombe dans le droit commun de la preuve prévu par l'article 1341 du Code civil.

CHAPITRE III

LES OPERATIONS DE LIQUIDATION ET DE PARTAGE D'UNE SUCCESSION ECHUE A LA FEMME COMMUNE EN BIENS

205. — En acceptant la succession à elle échue, le but poursuivi par la femme, comme par tout héritier qui accepte, est l'appréhension des biens successoraux ou le partage de ceux-ci qui lui permet d'obtenir la propriété exclusive et la libre disposition d'une partie divisée de l'actif successoral.

Mais l'acceptation intervenue a pour effet, en fixant le droit de propriété de la femme commune en biens sur l'actif de la succession, de faire tomber en communauté ce droit soit pour la propriété, soit pour la jouissance, soit en partie pour l'une et l'autre, selon le régime sous lequel les époux sont mariés et la consistance des biens héréditaires.

Aussi la femme commune en biens qui veut procéder au règlement de la succession qui lui est dévolue éprouvera de nombreuses difficultés pratiques pour exercer sa capacité et elle sera souvent obligée d'avoir recours à son mari ou à la justice pour compléter ses pouvoirs. Là encore, sa capacité est limitée par les pouvoirs concurrents du mari, chef de la communauté.

Mais, avant de procéder à la liquidation proprement dite de la succession, il peut arriver et, en fait, il arrive souvent que les héritiers décident de rester un certain temps dans l'indivision. Les pouvoirs de la femme pendant cette période ne méritent cependant pas une étude spéciale car ils se déterminent en fonction des principes généraux déjà étudiés : la femme est seule qualifiée pour les actes de disposition relatifs à la masse indivise, mais elle est sans pouvoirs pour les actes d'administration.

SECTION I

LE PARTAGE D'UNE SUCCESSION
ÉCHUE A LA FEMME COMMUNE EN BIENS

206. — L'article 818 du Code civil règle la façon dont on doit procéder au partage des successions recueillies par la femme. Le système établi par la loi est fondé, non pas sur le caractère mobilier ou immobilier des biens héréditaires, mais sur leur entrée en communauté ou dans le patrimoine propre de la femme. Ordinairement, il est vrai, ce qui entre en communauté est mobilier, ce qui est propre est immobilier; mais le contraire peut arriver. Ainsi, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, les successions, même mobilières, échues à la femme lui restent propres. A l'inverse, s'il y a une clause d'ameublement ou si telle a été la volonté du testateur, la succession même immobilière tombe en communauté.

I. — Tous les biens de la succession provenant à la femme tombent dans son patrimoine propre.

De nombreux auteurs (1) et une partie de la jurisprudence (2) dénie à la femme commune en biens, même depuis 1938, la possibilité d'agir seule en partage d'une succession dont les biens doivent lui rester propres. Ils estiment que la communauté étant usufruitière des propres de la femme, le mari a un droit de regard sur la manière dont les biens qui adviennent à celle-ci par succession lui sont attribués. Ils s'appuient sur les termes mêmes de l'article 818 du Code civil qui déclare qu'« à l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme ». Certes, les termes de l'article 818 sont inexacts comme ils l'étaient dans l'article 1428,

(1) DESPIERROIS, « Des pouvoirs respectifs des époux communs en biens à l'effet de procéder au partage d'une succession échue à la femme », *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27029, n° 1 à 10; note DERRIDA sous Alger, 30 janvier 1947, au D. 1949, p. 268; observ. LAGARDE à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 735; note SAVATIER sous Trib. civ. Rouen, 28 novembre 1944, au J.C.P. 1946-II-3016; DEFRENOIS, *Rép. prat. not.*, 1945, art. 26288, n° 13; PICARD, *Des successions échues à une femme mariée*, thèse Toulouse, 1949, p. 188; André PALEY, *Aspects nouveaux de l'intervention de justice dans le jeu des régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1948, p. 165.

(2) Trib. civ. Seine, 26 janvier 1939, J.C.P. 1939-II-1078, note R.D., D.P. 1939-II-73, note NAST; Trib. civ. Versailles, 3 février 1939, D.P. 1939-II-80, note NAST, C.P. 1939-I-834; Trib. civ. Toulouse, 13 mai 1941, J.C.P. 1941-II-1664, note MADRAY; Trib. civ. Toulouse, 6 avril 1943, *Rép. prat. not.*, 1945, art. 26291, G.P. 1943-II-46; Poitiers, 2 février 1944, J.C.P. 1944-II-2644, note FRÉJAVILLE, G.P. 1944-I-146; Rouen, 28 novembre 1944, J.C.P. 1946-II-3016, note SAVATIER, D. 1945, J. 196, note FRÉJAVILLE; Paris, 21 février 1948, J.C.P. 1948-II-4186, S. 1948-II-80, *Rép. prat. not.*, 1948, art. 26618.

alinéa 3, car les principes veulent que ce soit la femme qui agisse en partage avec le concours du mari (3), mais cet article n'en exige pas moins l'intervention des deux époux. Le partage effectué par la femme seule serait inopposable au mari et, par suite, ne saurait valoir que pour la nue-propriété des biens successoraux.

Si le mari se trouve hors d'état de manifester sa volonté ou s'il refuse d'intervenir au partage, la femme peut agir en justice pour compléter ses pouvoirs sur la base de l'article 217 (4); un jugement du Tribunal civil de Toulouse (5) admet même que le seul recours possible est celui basé sur l'article 219 du Code civil. A l'inverse, si la femme est elle-même dans l'impossibilité d'intervenir au partage ou si elle refuse, le mari peut se faire autoriser à agir seul en vertu de l'article 217 du Code civil (6).

208. — En réalité, la femme commune en biens peut procéder personnellement sans le concours de son mari au partage définitif d'une succession qui doit lui rester propre (7). Cette solution n'est directement affirmée par aucun texte, mais elle résulte des principes consacrés par la loi du 22 septembre 1942. Certes, l'article 818 du Code civil n'a pas été modifié, mais, désormais, il doit être interprété en fonction de la capacité de la femme mariée.

Sous le Code civil, l'intervention du mari était indispensable pour relever la femme de son incapacité : elle avait qualité pour procéder au partage d'une succession qui ne devait pas tomber en communauté, mais elle n'avait pas la capacité nécessaire. Désormais, à la qualité est venue s'adjoindre la capacité qui n'est limitée par aucun droit concurrent du mari. Tant que la femme n'a qu'une part dans l'hérédité, le mari peut procéder à un partage provisionnel qui porte sur la jouissance des biens. Mais, lors du partage

(3) JOSSERAND, *Cours de droit civil positif*, T. III, n° 1075; André PALEY, thèse préc., p. 164.

(4) Poitiers, 2 février 1944, J.C.P. 1944-II-2644; Rouen, 28 novembre 1944, J.C.P. 1946-II-3016; Paris, 21 février 1948, S. 1948-II-80; note SAVATIER au J.C.P. 1946-II-3016; COLIN et CAPITANT, par JOLLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 1141; André PALEY, thèse préc., p. 166; PICARD, thèse préc., p. 188.

(5) Trib. civ. Toulouse, 6 avril 1943, *Rép. prat. not.*, 1945, art. 26291.

(6) COLIN et CAPITANT, par JOLLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 1141.

(7) Note M.A. sous Trib. civ. Seine, 30 mars 1943, au S. 1944-II-9; VOIRIN, « Le sort et les effets des acquisitions réalisées par la femme commune en biens sans l'intervention de son mari », J.C.P. 1944-I, éd. Not. 395, n° 19; Jean BRUNET, « La capacité civile de la femme mariée en matière de succession et de partage », G.P. 1951, Doctr., II-41-II; MICHENET, « La situation juridique de la femme mariée depuis 1942 », J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722, n° 27; FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 29, n° 6, et note sous Poitiers, 2 février 1944, au J.C.P. 1944-II-2644; DELETRÉ, *Le pouvoir propre de la femme sur les biens communs et l'équilibre du régime de communauté*, thèse Lille, 1948, pp. 53-54; CARLES, *L'habilitation judiciaire des époux*, thèse Toulouse, 1946, p. 98; Trib. civ. Bourgneuf, 9 mai 1941, J.C.P. 1941-II-1690, note BRUNET; Trib. civ. Seine, 30 mars 1943, S. 1944-II-9, note M.A., J.C.P. 1944-II-2579, G.P. 1943-I-258; Alger, 30 janvier 1947, D. 1949-268, note DERRIDA, S. 1947-II-156.

définitif, de par l'article 883 du Code civil et l'effet déclaratif du partage, la femme sera censée avoir recueilli les biens à elle attribués directement du défunt et en être devenue propriétaire au jour même du décès. C'est sur cette masse de biens déterminée par le partage qu'aura à s'exercer le droit de jouissance de la communauté.

Interpréter l'article 818 du Code civil comme impliquant encore l'intervention des deux époux, c'est en réalité continuer à faire de la femme commune en biens une incapable. Désormais, les termes de l'article 818 du Code civil qui déclare qu'« à l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de la femme », doivent s'interpréter comme interdisant au mari de demander le partage définitif.

Ceux qui exigent encore l'intervention du chef de la communauté assimilent par là même le droit de jouissance à un usufruit particulièrement rigide puisqu'ils le font porter sur des biens non encore entrés véritablement dans le patrimoine de la femme. Le droit de jouissance de la communauté sur les propres des époux a simplement pour raison d'être l'entretien du ménage grâce aux ressources procurées par les différents patrimoines. Ce but est sauvegardé si on reconnaît à la femme le pouvoir de procéder seule au partage définitif car, après le partage, elle doit remettre au mari les biens qui lui sont attribués.

209. — Mais, au partage proprement dit que la femme peut effectuer seule, se rattachent souvent des opérations accessoires qui nécessitent le concours du mari. Il en sera ainsi notamment si les héritiers décident de procéder au partage après paiement du passif héréditaire. La femme ne pourrait offrir en gage que ses biens personnels et elle ne possède pas le maniement des deniers même personnels. Elle risque donc de ne pas avoir de pouvoirs suffisants pour payer sa part contributoire des dettes héréditaires.

Les mêmes difficultés se retrouvent en cas de partage avec soulte. Si celle-ci est mise à la charge de la femme, elle n'aura pas la possibilité d'en effectuer seule le paiement. Si la soulte lui est due, elle n'aura pas qualité pour la recevoir; le cohéritier qui lui verserait l'argent pourrait être contraint par le mari d'effectuer un second paiement. Pour éviter toute discussion possible, le cohéritier exigera, là encore, l'intervention du mari (8).

Si le chef de la communauté refuse d'intervenir ou s'il est hors d'état de manifester sa volonté, la femme peut se faire autoriser en justice sur la base de l'article 217 à effectuer ou recevoir les paiements nécessaires (9). En effet, elle possède un commencement

(8) FRÉJAVILLE, note au J.C.P. 1944-II-2644 et D. 1945, Chron., p. 29, n° 6; DESPIERROIS, *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27029; CARLES, thèse préc., p. 99; PICARD, *op. cit.*, p. 189.

(9) Poitiers, 2 février 1944, J.C.P. 1944-II-2644, G.P. 1944-I-146; FRÉJAVILLE, *op. cit.*; DESPIERROIS, *op. cit.*; CARLES, *op. cit.*

de pouvoir à l'effet d'obliger les biens communs ou même d'en disposer (10). L'autorisation judiciaire vient matérialiser ce pouvoir.

II. — Tous les biens de la succession provenant à la femme tombent en communauté.

210. — Lorsque les biens de la succession échue à la femme tombent en communauté, le mari, aux termes de l'article 818 du Code civil, « peut sans le concours de sa femme provoquer le partage ». Cette solution était déjà admise sous l'empire du Code civil (11). Elle doit être maintenue même depuis 1942, car le mari exerce ce droit en tant que chef de la communauté et administrateur de celle-ci (12).

Cependant, un auteur (13) admet que même en cas de succession tombant en communauté, le droit d'agir en partage appartient exclusivement à la femme. Il considère l'article 818 du Code civil comme implicitement abrogé par la loi du 18 février 1938 qui a supprimé l'article 776 « avec lequel il formait un ensemble cohérent ». Il y aurait, d'ailleurs, une *inelegantia juris* à ne pas admettre cette solution, la femme pouvant accepter seule la succession et le mari pouvant seul en demander le partage. « Il serait plus normal alors d'admettre le mari à l'accepter seul. »

211. — Le tort de cet auteur est de faire du partage d'une succession l'accessoire de l'acceptation; en réalité, les deux choses sont distinctes. Il commet la même erreur que les jugements qui, au lendemain de la loi du 18 février 1938, refusaient à la femme le droit d'accepter seule, en raison des répercussions possibles sur le droit de poursuite des créanciers héréditaires (14). De plus,

(10) *Contra* : VOIRIN, J.C.P. 1943-I, éd. Not. 334, n° 20; LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 27.

(11) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. VIII, par NAST, n° 622; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, T. II, n° 2252.

(12) FRÉJAVILLE, « L'option héréditaire de la femme commune en biens », D. 1945, Chron., p. 29, n° 6; VOIRIN, J.C.P. 1944-I-395, n° 19, et note sous Lyon, 12 mars 1945, J.C.P. 1945-II-2906; MICHENET, J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722, n° 27; CARLES, thèse, p. 98; DELETRE, thèse, pp. 55-56; PICARD, thèse, p. 190; DESPIERROIS, *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27029; BECQUÉ, note sous Seine, 6 juillet 1943, J.C.P. 1943-II-2452; COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 1141; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 3048; LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 735; Trib. civ. Beauvais, 12 mai 1939, G.P. 1939-II-138; Trib. civ. Sables-d'Olonne, 4 juin 1941, G.P. 1941-I-513; Lyon, 12 mars 1945, J.C.P. 1945-II, éd. Not. 2906, note VOIRIN.

(13) Jean BRUNET, « La capacité de la femme mariée en matière de succession et de partage », G.P. 1951-II, Doctr., 41-II.

(14) Trib. civ. Seine, 11 mai 1939, G.P. 1939-II-137, 26 janvier 1939, D.P. 1939-II-73, 21 mars 1941, D.A. 1941, p. 266; Trib. civ. Toulouse, 13 mai 1941, J.C.P. 1941-II-1664.

admettre l'abrogation implicite de l'article 818 est hasardeux; en général, une telle abrogation n'est possible que si le texte est en contradiction formelle avec d'autres. Or, ici, il est facile de concilier l'article 818 avec l'ensemble de la loi de 1942. La femme, étant capable, peut librement exercer l'option héréditaire mais, de même qu'elle ne peut étendre par sa seule volonté le droit de gage des créanciers héréditaires à l'ensemble des biens du ménage, de même elle ne saurait agir en partage des biens qui sont devenus communs dès l'ouverture de la succession en raison de l'effet déclaratif du partage.

212. — En principe, la femme ne peut donc intervenir au partage d'une succession qui tombe en communauté. Cependant, il se peut que le mari refuse d'agir ou qu'il soit hors d'état de manifester sa volonté. Apparemment, le seul recours ouvert à la femme est basé sur l'article 219 du Code civil car elle ne dispose d'aucun commencement de pouvoir à l'effet de partager une telle succession. En réalité, le droit d'agir en partage n'est qu'une variante du droit de disposer de la communauté. Les auteurs qui admettent que la femme n'a aucun commencement de pouvoir pour disposer des biens communs ne lui accordent que le recours basé sur l'article 219 (15) : elle ne pourrait agir contre un refus du mari même non justifié par l'intérêt de la famille.

En réalité, l'esprit même de la loi du 22 septembre 1942 implique le rôle d'associée de la femme dans la gestion des biens communs. Par suite, lorsque le mari refuse de procéder au partage d'une succession tombant en communauté, ou s'il est hors d'état de manifester sa volonté, un seul recours est possible et il est basé sur l'article 217 du Code civil (16).

III. — Les biens de la succession tombent en partie en communauté et pour le surplus restent propres à la femme.

213. — Lorsque la succession échue à la femme comprend à la fois des biens qui tombent en communauté et des biens qui restent propres, aucun des deux époux ne peut agir seul en partage : le

(15) VOIRIN, J.C.P. 1944-I-395, n° 27; BECQUÉ, note sous Trib. civ. Seine, 6 juillet 1943, J.C.P. 1943-II-2452; CARLES, *L'habilitation judiciaire des époux*, thèse Toulouse, 1946, p. 98; PICARD, thèse, p. 210; LACARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 17.

(16) Trib. civ. Seine, 6 juillet 1943, J.C.P. 1943-II-2452, note BECQUÉ, G.P. 1943-II-152, D.A. 1944, Somm., 2; DELETRÉ, *Le pouvoir propre de la femme sur les biens communs et l'équilibre du régime de communauté*, thèse Lille, 1948, pp. 55-56; André PALEY, *Aspects nouveaux de l'intervention de justice dans le jeu des régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1948, p. 174.

mari a seul qualité pour les meubles, la femme peut seule intervenir dans un partage des immeubles. Le concours des deux est donc nécessaire pour le règlement de la succession. Celle-ci, en effet, forme un tout et chacun des époux ne saurait demander un partage séparé des biens sur lesquels il possède des pouvoirs suffisants. Et, cependant, à prendre à la lettre les termes de l'article 818, alinéa 1, on serait tenté de soutenir le contraire, cet article visant successivement le partage des biens qui tombent en communauté et celui des biens restant propres à la femme (17). Une telle solution se heurterait à de nombreuses difficultés pratiques et elle est d'ailleurs condamnée implicitement par le deuxième alinéa de l'article 818 qui déclare que « les cohéritiers de la femme ne peuvent provoquer le partage définitif qu'en mettant en cause le mari et la femme ».

Si on admettait la possibilité d'un partage séparé, on risquerait, en outre, de favoriser la fraude des époux, le mari ayant intérêt à faire attribuer à la femme le plus possible de biens qui entraîneraient en communauté et qui, ainsi, seraient soumis à ses pouvoirs de disposition tandis que la femme tenterait d'augmenter ses propres pour que la communauté ne bénéficie que d'un droit de jouissance. Le concours des deux époux évite un pareil résultat et il est conforme à l'esprit du régime légal qui tend à associer les deux conjoints le plus étroitement possible à la gestion des biens du ménage.

Le tort de la plupart des auteurs qui ont étudié la question (18) est de considérer que chacun des époux possède des pouvoirs exclusifs et indépendants sur chaque masse de biens. Une telle affirmation les oblige à n'envisager que le recours à l'article 219 du Code civil lorsque l'un des conjoints se trouve hors d'état de manifester sa volonté (19). Cette solution, outre qu'elle aboutit à une impasse en cas de refus injustifié, apparaît contraire au principe de l'unité de la succession. On ne saurait créer à l'intérieur de celle-ci des masses distinctes, autres que celles expressément prévues par la loi. Il est préférable de dire que chaque époux possède un commencement de pouvoir pour effectuer le partage de la succession et que le concours des deux conjoints est indispensable pour donner pleine efficacité à l'opération. Si l'un d'eux refuse injustement sa participation ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'autre aura la possibilité de se faire

(17) DESPIERROIS, « Des pouvoirs respectifs des époux communs en biens à l'effet de procéder au partage d'une succession échue à la femme », *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27029.

(18) VOIRIN, J.C.P. 1944-I-395, n° 19; DELETRE, thèse, pp. 56-57; CARLES, thèse, p. 99; PICARD, thèse, p. 213.

(19) DELETRE, *op. cit.*, admettant que chacun des conjoints possède un pouvoir propre distinct, autorise la femme à se faire habilitier en justice sur la base de l'art. 217 et le mari sur la base de l'art. 219.

autoriser en justice sur la base de l'article 217 du Code civil à effectuer seul le partage des biens successoraux (20).

SECTION II

L'APPRÉHENSION DES BIENS HÉRÉDITAIRES

214. — Le but de tout héritier appelé à recueillir une succession est d'appréhender les biens qui lui sont échus pour pouvoir exercer sur eux ses prérogatives de propriétaire; l'effet même du partage a été d'individualiser ces biens.

Sous le régime de la communauté, le pouvoir d'appréhension appartient au mari quel que soit le sort des biens successoraux, soit en tant que chef de la communauté lorsque ceux-ci sont devenus communs, soit en qualité d'administrateur s'ils doivent demeurer propres à la femme (21). Celle-ci ne saurait de son propre chef exercer une telle prérogative, car, ce faisant, elle violerait les règles du régime de communauté.

215. — Si elle veut agir seule, force est donc à la femme de recourir à l'habilitation judiciaire. Mais les opinions sont divergentes sur la base de ce recours. Partant de l'idée que la femme ne dispose d'aucun commencement de pouvoir à l'effet d'appréhender les biens successoraux, et que, par suite, les conditions d'application de l'article 217 font défaut, certains auteurs n'admettent qu'un recours basé sur l'article 219 (22). Etant ainsi habilitée, la femme représenterait son mari aussi bien dans la gestion des biens communs que dans l'administration de ses propres.

Cette solution présente cependant de nombreux inconvénients pratiques, surtout lorsqu'il y a mésentente entre époux. Le mari, après avoir refusé d'acquiescer à l'acceptation de sa femme, s'opposera à l'appréhension des biens héréditaires et, en agissant ainsi, il ira à l'encontre de l'intérêt de la famille qui risque d'être privée de revenus peut-être importants par la mauvaise volonté de l'un des conjoints.

En outre, en refusant d'appréhender les biens successoraux, le mari manque à ses devoirs de chef de la communauté : l'article

(20) SAVATIER, note au J.C.P. 1946-II-3016; MICHENET, J.C.P. 1948-I-722, n° 27 c; André PALEY, thèse, pp. 171-172; Rouen, 28 novembre 1944, J.C.P. 1946-II-3016, D. 1945-196.

(21) Jean BRUNET, « La capacité civile de la femme mariée en matière de succession et de partage », G.P. 1951, Doctr., II-41-III; DELETRÉ, thèse préc., p. 57; PICARD, thèse, p. 84; CARLES, p. 99; note SAVATIER au J.C.P. 1946-II-3016; note FRÉJAVILLE au D. 1947, p. 197-II.

(22) MICHENET, J.C.P. 1948-I-722, n° 25; BECQUÉ, note au J.C.P. 1943-II-2452; CARLES, p. 100; ESMEIN, sur AUBRY et RAU, § 513; LACARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 27; DEFRENOIS, *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26159, n° 5; VOIRIN, J.C.P. 1943-I-334, n° 20; PICARD, p. 90.

1421 lui fait une obligation de gérer les biens communs et l'article 1428 d'administrer les propres de sa femme. Or, de par l'effet déclaratif du partage, les biens successoraux sont devenus propres ou communs dès le décès du *de cujus*. L'acte d'appréhension n'est qu'un acte de gestion parmi les autres. Le recours à l'article 219 n'est défendable que si l'on dénie à la femme tout pouvoir sur les biens communs. Ce serait faire du mari le maître absolu de la communauté, ce qui est en contradiction avec la loi de 1942.

En réalité, comme l'admet la jurisprudence (23), la femme commune en biens peut se faire autoriser par justice sur le fondement de l'article 217 à appréhender les biens de la succession, que ces biens tombent en communauté ou qu'ils lui restent propres. Cet article n'aurait qu'une utilité pratique très restreinte si les actes que la femme est autorisée à accomplir ne pouvaient aboutir à une exécution complète. De même qu'on doit reconnaître à la femme autorisée en justice à vendre la pleine propriété d'un de ses propres, la possibilité d'en toucher le prix (24), de même lorsqu'elle est autorisée à agir en partage sur le fondement de l'article 217, elle doit pouvoir aller jusqu'à appréhender les biens successoraux; sans cela, l'autorisation de partage n'aurait pour elle aucune utilité (25). Elle a acquis par l'effet de cette autorisation le pouvoir d'agir à la place de son conjoint qui a commis un abus de pouvoir en refusant de participer au règlement de la succession.

Mais cette faculté reconnue à la femme de recourir en justice contre un refus du mari ne saurait lui permettre de conserver les biens héréditaires et de les administrer. L'autorisation de l'article 217 est spéciale et, une fois les biens appréhendés, la femme doit les remettre au mari. Cependant, si le refus du chef de la communauté d'administrer ces biens persistait, comme le remarque M. Fréjaville (20), elle n'aurait que la ressource d'introduire une demande en séparation de biens, en séparation de corps ou en divorce. C'est d'ailleurs ce qui se produira en pratique, le mari ne refusant d'appréhender les biens héréditaires que lorsque les époux font preuve d'une mésintelligence telle que la seule issue possible est la dissolution de l'union conjugale.

(23) Trib. civ. Seine, 6 juillet 1943, G.P. 1943-II-152, J.C.P. 1943-II-2452, note BECQUÉ, D.A. 1944, Somm., 2; Poitiers, 2 février 1944, J.C.P. 1944-II-2644, note FRÉJAVILLE, G.P. 1944-I-146; Rouen, 28 novembre 1944, D. 1945, J. 196, J.C.P. 1946-II-3016; Alger, 30 janvier 1947 (sol. implicite), S. 1947-II-156, *Rép. prat. not.*, 1948, art. 26618; Paris, 21 février 1948, J.C.P. 1948-II, éd. Not. 4486, S. 1948-II-80, *Rép. prat. not.*, 1948, art. 26618.

(24) FRÉJAVILLE, note au D.C. 1944, J. 21, et J.C.P. 1944-I-369, n° 5.

(25) FRÉJAVILLE, note au D. 1945, p. 197-II, et au J.C.P. 1944-II-2644; DELETRÉ, thèse, p. 57; Jean BRUNET, G.P. 1951-II, Doctr., 41-III (cet auteur admet d'ailleurs une liberté de choix entre l'art. 217 et l'art. 219 s'il y a impossibilité et non refus).

(26) FRÉJAVILLE, note au J.C.P. 1944-II-2644.

216. — L'étude des problèmes soulevés par les successions échues à la femme commune en biens montre que la réforme opérée par les lois de 1938 et 1942 est purement théorique : ces lois n'ont modifié l'état de droit antérieur que d'une manière apparente. Certes, la femme a désormais la capacité nécessaire pour accepter seule une succession, mais il ne faut pas oublier qu'en agissant ainsi elle ne fait que confirmer l'œuvre de la loi : son acceptation ne fait que concrétiser une situation qui existait déjà, en raison du principe de la transmission immédiate des biens héréditaires.

Il est difficile, pour ne pas dire impossible, à la femme commune en biens d'effectuer seule les opérations nécessitées par son acceptation. Elle peut augmenter l'actif commun, mais elle n'a pas qualité pour grever la communauté des charges correspondantes. Elle ne peut agir qu'en partage des biens qui doivent lui demeurer propres et encore cette solution est-elle discutée. Dès que des biens successoraux sont destinés à devenir communs, l'intervention du mari est nécessaire. Enfin, que la succession soit propre ou qu'elle tombe en communauté, seul le mari a qualité pour l'appréhender.

Le seul palliatif à l'impossibilité pour la femme d'agir seule est le recours en justice basé sur l'article 217. Mais le remède risque d'être pire que le mal. Le juge est appelé à s'immiscer dans des affaires de famille et, pratiquement, il n'a que peu d'éléments d'appréciation; il n'a qu'une vue externe des choses et son intervention risque d'aggraver le dissentiment qui existait entre les deux époux, ce qui fait que le jugement rendu sera souvent le prélude à une instance en divorce ou en séparation de corps.

Et, pourtant, s'il est un domaine où la réforme de 1938 et 1942 aurait dû avoir des répercussions pratiques, c'est bien celui des successions échues à la femme commune en biens, car il était possible de reconnaître à la femme des pouvoirs sans pour cela compromettre la situation matérielle de la famille. En cas de succession, l'intervention du notaire est presque indispensable et, pratiquement, elle existe toujours. Le notaire, habitué à son rôle de conseiller des familles, n'engagera la femme à accepter une succession que si celle-ci est bonne; en cas de doute, il lui conseillera d'accepter sous bénéfice d'inventaire ce qui aura pour conséquence de protéger aussi bien le patrimoine de la femme que la communauté. De toute manière, l'engagement des biens du ménage n'aura été effectué qu'à bon escient.

En l'état actuel du droit, le contraste est frappant si on compare les pouvoirs de la femme à ceux du mari. Celui-ci, non seulement, peut exercer librement l'option héréditaire mais, encore, par le fait même de son acceptation, engager en plus de ses biens personnels, la communauté. Il peut ainsi ruiner définitivement la famille. La femme n'a aucun droit de regard sur l'engagement de la communauté et pourtant elle aussi contribue à la prospérité du ménage. Il est ainsi permis au mari de s'enrichir au détriment de

sa femme : pour cela, il n'a qu'à faire payer par la communauté le passif d'une succession qui lui reste propre. Certes, à la dissolution du ménage, la femme aura un droit à récompense qui sera de la moitié de la valeur du passif payé, mais elle risque d'être perdante car, en admettant même que le mari soit solvable, il n'y aura plus corrélation entre l'actif et le passif du fait de la dépréciation de la monnaie.

Une réforme du régime de communauté devrait être inspirée par la nécessité d'accorder plus de pouvoirs à la femme, notamment en cas de succession. La femme et le mari devraient pouvoir engager la communauté au paiement des dettes héréditaires quel que soit le sort des biens de la succession (27) et agir seuls en partage. En outre, pour éviter toute discussion, un texte de loi devrait préciser que toute femme mariée a la liberté d'exercer les trois termes de l'option héréditaire.

(27) C'est d'ailleurs ce que décide l'avant-projet de Code civil dans son art. 388, al. 7.

TITRE III

L'EXERCICE DES ACTIONS EN JUSTICE PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS

217. — Il n'est possible de porter un jugement d'ensemble sur la réforme opérée par les lois de 1938 et de 1942 relativement aux pouvoirs de la femme commune en biens sur ses propres qu'après l'étude des actions en justice. L'exercice de ces actions est la concrétisation des droits dont on est titulaire, on ne possède véritablement des prérogatives que si on est capable de les défendre en justice. L'étude des actions en justice relativement aux propres de la femme est donc le meilleur test possible pour rechercher dans quelle mesure les lois sur la capacité de la femme mariée ont eu une efficacité pratique.

Pour résoudre ce problème, il convient de distinguer le droit même d'agir en justice de celui d'accomplir les actes que comporte le procès. La première question est relative à la qualité, elle consiste à rechercher si les droits du mari, chef de la communauté, ne vont pas empêcher la femme d'exercer en justice les actions relatives à son propre patrimoine. La seconde est une question de capacité; en admettant que la femme commune en biens soit qualifiée pour intenter les actions en justice, il importe de savoir si elle pourra seule diriger le procès ou si, au contraire, le concours du mari ne lui sera pas nécessaire.

CHAPITRE PREMIER

LA QUALITE DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS POUR AGIR EN JUSTICE

218. — Pour agir en justice, il ne suffit pas de se prévaloir d'un intérêt légitime né et actuel; il faut avoir qualité, c'est-à-dire pouvoir justifier d'un intérêt personnel et direct.

La qualité constitue pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation concrète donnée. Pour savoir si une personne a qualité, il faut rechercher si c'est elle que la loi a habilitée pour provoquer la sanction de l'intérêt légitime en cause. La qualité est donc «le titre qui permet au plaideur d'exiger la jonction entre l'action d'une part et le fond du litige d'autre part » (1).

Pratiquement, sous le régime de la communauté, la question de la qualité se ramène à celle de savoir si la femme peut exercer seule — indépendamment de tout problème de capacité — les actions relatives à son patrimoine personnel. A ce sujet, l'article 1428, alinéa 2, établit une distinction fondamentale entre les actions mobilières et possessoires d'une part, et les actions immobilières pétitoires d'autre part.

SECTION I

L'EXERCICE DES ACTIONS MOBILIÈRES ET POSSESSOIRES

219. — En principe, le mari « peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme »

(art. 1428, al. 2). Cette règle ne saurait cependant avoir une portée absolue et on doit reconnaître à la femme la possibilité d'agir en cas de carence du chef de la communauté. Il importe, d'ailleurs, de distinguer des autres actions celles qui sont relatives à un dommage corporel ou moral subi personnellement par la femme.

**L. — En principe, c'est le mari qui a qualité
pour exercer les actions mobilières et possessoires
relatives aux propres de la femme.**

220. — Le législateur de 1804, en édictant la règle contenue dans l'article 1428, alinéa 2, s'est inspiré de l'article 233 de la coutume de Paris qui stipulait que « le mari est seigneur des actions mobilières et possessoires, posé qu'elles procèdent du côté de la femme, et peut le mari agir seul et déduire lesdits droits et actions en jugement sans sa dite femme ».

Pothier (2) donnait de l'exercice des actions mobilières par le mari cette raison que les droits mobiliers de la femme tombaient en communauté; il n'admettait pas, en effet, que, sous le régime de la communauté, il pût y avoir des propres mobiliers parfaits. Le mari, en exerçant ces actions, agissait donc en tant que chef de celle-ci.

221. — Aujourd'hui, une telle justification ne peut être admise; si, en principe, les meubles des époux tombent en communauté, il n'en est cependant pas toujours ainsi : un testateur peut léguer des meubles à la femme commune en biens sous la condition qu'ils lui restent propres, et si les époux ont adopté le régime de la communauté réduite aux acquêts, les meubles qu'ils possédaient avant le mariage leur restent propres.

Le mari n'ayant pas le pouvoir d'aliéner les meubles personnels de son épouse (3), il eût été logique de ne pas lui accorder l'exercice des actions mobilières. Le législateur de 1804 a cependant repris la règle formulée par la coutume de Paris et ce maintien ne peut s'expliquer que comme une survivance historique (4), d'ailleurs en harmonie avec la conception des rédacteurs du Code civil qui considéraient comme peu importante la fortune mobilière : *res mobilis, res vilis*.

(1) GIVERDON, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1952, Chron., p. 85.

(2) POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 473.

(3) Cass. req., 2 juillet 1840, S. 1840-I-887; Cass. req., 5 novembre 1860, D. 1861-I-81, S. 1861-I-49; Cass. req., 4 août 1862, D. 1862-I-480, S. 1862-I-838; Cass. civ., 17 décembre 1872, D. 1873-I-154, S. 1872-I-421; Cass. civ., 30 août 1890, D. 1891-I-367; il faut toutefois permettre au mari les aliénations qui ont le caractère d'actes d'administration, comme une vente de récoltes.

(4) BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, *Traité du contrat de mariage*, T. I, n° 732; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 625.

Accorder au chef de la communauté l'exercice des actions mobilières est critiquable car, avec le développement de la fortune mobilière, se trouve accrue la fréquence de leur exercice; les accorder au mari, c'est en quelque sorte lui donner un droit de disposition sur le patrimoine de sa femme, ce qui dépasse de beaucoup les pouvoirs d'administration qu'il détient en tant que chef de la communauté. Aussi, dès avant 1933, les auteurs (5) s'élevaient-ils contre une telle solution. Son maintien est encore plus paradoxal depuis la loi du 22 septembre 1942 qui a entendu donner à la femme commune en biens un rôle plus important dans la gestion des biens du ménage.

222. — On a cependant essayé, même en l'état de notre droit positif, de défendre la règle formulée par l'article 1423, alinéa 2, en ayant égard aux résultats de l'action (6) : l'exercice des actions mobilières entraînera le plus souvent une condamnation à une somme d'argent qui viendra se fondre avec les deniers communs par l'effet de ce qu'on a appelé le quasi-usufruit de la communauté. Le mari, ayant le maniement des deniers communs, doit être habile à exercer les actions qui sont à l'origine de ces deniers. En réalité, cette opinion confond deux choses pourtant bien distinctes : l'exercice de l'action et son résultat. Si on admettait une telle solution, on ne voit pas pourquoi on interdirait au mari l'aliénation des propres de sa femme, aliénation qui, elle aussi, aboutit à l'octroi d'une somme d'argent en contrepartie du bien aliéné. Or, il est unanimement admis que le chef de la communauté ne peut disposer des propres de sa femme et cette solution est expressément formulée par l'article 1423, alinéa 3.

Il serait donc normal l'interdire au mari d'exercer les actions mobilières relatives aux propres de son épouse. C'est d'ailleurs ce que décide implicitement l'avant-projet de réforme du Code civil qui, dans son article 397, stipule que « le mari a l'administration des biens propres de sa femme et l'exercice des actions qui se rattachent à cette administration ».

223. — L'exercice par le mari des actions possessoires se justifie aisément. Le mari, chef de la communauté, doit pouvoir défendre son droit de jouissance. Ces actions n'ayant trait qu'à la possession et à la jouissance, ne sont pas de nature à compromettre le droit de propriété de la femme, même dans le cas où elles seraient exercées d'une façon maladroite par le chef de la communauté. Il importe de noter, en outre, que ces actions présentent le plus souvent un caractère nettement conservatoire et entrent ainsi dans les attributions du mari, administrateur des propres de son épouse (7).

(5) PLANIOL, RIPERT et NAST, T. VIII, n° 625.

(6) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 630.

(7) Henry RAILLARD, *Du droit de la femme mariée d'ester en justice*, thèse Paris, 1910, p. 68.

Il engagerait sa responsabilité vis-à-vis de celle-ci s'il laissait un tiers en possession d'un immeuble, car ce tiers pourrait le dégrader ou en acquérir la propriété par la prescription (8). Il faut donc décider que le jugement rendu à la requête du mari ou contre lui sera opposable à la femme (9).

II. — Exercice des actions mobilières et possessoires par la femme, en cas de carence du mari.

224. — Si le chef de la communauté peut exercer seul les actions mobilières et possessoires, il faut cependant admettre que l'article 1428, alinéa 2, ne lui réserve pas un droit exclusif d'agir. La femme, en cas de carence du mari, doit pouvoir prendre la défense de son propre patrimoine. Cette solution n'est pas douteuse (10). Elle résulte du rapprochement des articles 1428, alinéa 2, et 1549, alinéa 2, du Code civil. Ce dernier article, à propos du régime dotal, stipule que le mari « *a seul* le droit de poursuivre les débiteurs et les détenteurs » de biens dotaux, alors que, sous le régime de la communauté, le mari « *peut exercer seul* les actions mobilières et possessoires ».

En plus de cet argument de texte, il est possible d'invoquer des motifs d'équité : la femme doit pouvoir sauvegarder son patrimoine personnel. Certes, à la dissolution de la communauté, le mari sera responsable de son inaction, mais cette responsabilité risque d'être illusoire. D'ailleurs, si la femme acceptait la communauté, elle serait, selon l'opinion de certains auteurs (11), obligée de supporter la moitié du préjudice subi car l'obligation d'indemniser serait tombée en communauté.

L'octroi des actions mobilières à la femme commune en biens en cas de carence du mari se comprend aisément. Leur exercice par le mari est critiquable et n'est que le résultat d'une survivance

(8) PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 627.

(9) Cass. req., 31 mai 1905, S. 1905-I-524.

(10) Orléans, 18 février 1858, D. 1858-II-113; Poitiers, 16 février 1885, D. 1886-II-38, S. 1887-II-67; Bordeaux, 17 février 1897, D. 1898-II-197; Cass. req., 15 mai 1907, D. 1909-I-337, note GUÉNÉE, S. 1911-I-573; Cass. req., 25 novembre 1907, S. 1910-I-585, note WAHL; Lyon, 20 mai 1910, D. 1911-II-32; Lyon, 24 mai 1939, S. 1941-II-7; Cass. crim., 26 février 1953, D. 1953-307; AUBRY et RAU, par ESMEIN, T. VIII, § 510, texte et note 10 bis; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 624; BEUDANT, T. X, n° 432; note GUÉNÉE sous req. 15 mai 1907, D. 1909-I-337; note CENDRIER sous Laval, 27 juillet 1932, D.P. 1932-II-169; André PALEY, *Aspects nouveaux de l'intervention de justice dans le jeu des régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1948, p. 144; Louis DOC, *Des pouvoirs de la femme mariée sous le régime de communauté*, thèse Poitiers, 1903, p. 236.

(11) GUILLOUARD, T. II, n° 781; BAUDRY-LACANTINERIE, LECOUMTOIS et SURVILLE, T. I, n° 719; JOSSEMERAND, T. III, n° 203; *contra* : PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 397; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 397.

historique. Par suite, il importe de permettre à la femme de les intenter chaque fois que cela est possible.

Cependant, même depuis la loi du 22 septembre 1942, certains auteurs (12) entendent réserver au chef de la communauté un droit exclusif pour exercer les actions mobilières. L'argument de texte que les auteurs et la jurisprudence invoquent pour reconnaître à la femme ces actions ne serait pas très probant et chacun des conjoints ne saurait agir de son côté. Cette solution serait, en outre, commandée par le résultat des actions mobilières qui aboutissent à une condamnation en argent tombant dans la masse commune. En réalité, là encore, ces auteurs confondent l'exercice de l'action et son résultat. De plus, la solution que nous proposons ne va pas jusqu'à octroyer à chacun des conjoints le droit d'agir de son côté, car l'exercice par la femme des actions mobilières n'est que subsidiaire et ne saurait exister qu'en cas de carence du mari. C'est d'ailleurs ce que spécifie l'arrêt de la Cour de Lyon du 24 mai 1939 (13).

L'exercice des actions possessoires entre dans les pouvoirs exclusifs du mari car elles servent à la protection de son droit de jouissance et ne peuvent en aucun cas porter préjudice à la femme. Aussi, sous l'empire du Code civil, on aurait dû refuser à la femme le droit de les intenter car, alors, le mari avait seul la direction des affaires du ménage. Mais, depuis 1942, la femme est intéressée directement à la gestion de la communauté dans laquelle se trouve le droit de jouissance. Là encore, il apparaît donc normal de reconnaître à la femme un droit subsidiaire en cas de carence du mari.

III. — Exercice des actions en réparation d'un préjudice personnel subi par la femme.

225. — L'hypothèse envisagée est la suivante : on suppose que, pendant le mariage, la femme a subi un dommage corporel, a été victime d'un accident dont l'auteur est responsable; ou bien, du fait d'un tiers, elle est atteinte dans son honneur, dans ses affections, elle a été diffamée, par exemple, et le préjudice moral qu'elle éprouve donne lieu également à réparation. Dans les deux cas, se pose le problème du sort de l'indemnité (14) : sera-t-elle commune ou au contraire restera-t-elle propre à la femme ?

(12) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 648; Henri TAPON, *La situation de la femme mariée dans le procès civil depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Poitiers, 1946, p. 37.

(13) Lyon, 24 mai 1939, S. 1941-II-7 : « En cas de carence du mari, il faut reconnaître à la femme le droit d'exercer ces actions. »

(14) La question se pose dans les mêmes termes au cas où la femme victime du dommage aurait contracté une assurance contre les accidents. L'indemnité qui sera versée par l'assureur sera-t-elle propre ou commune ? Les deux questions, étant identiques, comportent les mêmes solutions.

De la solution adoptée dépendent de nombreuses conséquences sous le régime de la communauté. Si la créance est commune, lors de la dissolution du ménage, elle devra être comprise dans l'actif à partager et, si la femme renonce à la communauté, elle n'en profitera pas; la réparation du préjudice qu'elle a subi appartiendra uniquement au mari. Si, au contraire, la créance d'indemnité constitue un propre, la femme pourra la reprendre à la dissolution de la communauté, quel que soit le parti adopté.

Enfin — et c'est ici l'intérêt essentiel du problème — le sujet habile à exercer l'action en réparation variera suivant qu'il s'agit d'un bien propre ou d'un bien commun. Si la créance d'indemnité est commune, seul, le mari pourra agir, en tant que chef de la communauté, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 1421 du Code civil. Si la créance d'indemnité constitue un bien propre, il n'est pas sûr que le mari puisse exercer l'action en réparation, en raison du caractère personnel du préjudice subi. Certes, cette action est bien une action mobilière et l'article 1428 du Code civil accorde au chef de la communauté l'exercice de ces actions; mais il faut remarquer que cette action n'a pas pour but de sauvegarder des biens appartenant à la femme, mais trouve son origine dans une atteinte à sa personne physique ou morale.

A. — NATURE JURIDIQUE DE LA CRÉANCE D'INDEMNITÉ POUR PRÉJUDICE PERSONNEL SUBI PAR LA FEMME.

226. — Pour déterminer la nature juridique de la créance d'indemnité compensatrice du préjudice personnel subi par la femme, il faut faire une distinction entre l'indemnité qui a pour but de réparer un dommage corporel et celle qui est représentative d'un dommage moral, en raison du caractère différent de ces indemnités. Celle qui compense un dommage corporel a pour but de permettre à l'époux victime de subsister car l'atteinte à l'intégrité de sa personne physique risque de l'empêcher de pourvoir désormais à ses besoins, alors que l'indemnité accordée en réparation d'un préjudice moral compense uniquement une atteinte à son honneur, à sa réputation et l'époux victime garde intactes ses facultés de travail.

1° *La créance d'indemnité compensatrice du dommage corporel.*

227. — Une partie de la doctrine (15) et quelques rares arrêts de jurisprudence (16) se sont prononcés pour l'entrée en commu-

(15) RODIÈRE et PONT, T. I, n° 465; TROPLONG, T. I, n° 422; GUILLOUARD, T. I, n° 362 et suiv.; HUC, T. IX, n° 78.

(16) Cand, 10 décembre 1890, S. 1891-IV-29; Orléans, 31 mai 1907, S. 1909-II-113, note DEMOCUE, D. 1911-II-25, note RIPERT.

nauté de la créance d'indemnité accordée en réparation d'un préjudice physique subi par la femme. Plusieurs motifs ont été invoqués en faveur de cette solution : l'indemnité représente l'activité de l'épouse, son industrie qui est une valeur commune. Elle viendra donc prendre la place du capital commun par une sorte de subrogation réelle.

Un autre argument repose sur cette idée que l'indemnité doit être attribuée à la communauté parce que c'est elle qui subit le préjudice. Elle tire la plus grande partie de ses revenus de l'activité des époux et, si cette activité se trouve diminuée, les ressources de la communauté sont par le fait même réduites; d'où l'indemnité qui compense cette perte d'activité doit être déclarée commune.

Enfin, l'indemnité constitue un meuble et sous le régime de la communauté, il n'y a de meubles propres que ceux que la loi déclare tels.

Cependant, une exception devrait être faite à l'entrée de ces indemnités en communauté à propos des accidents de travail ayant entraîné une incapacité permanente, en raison de leur incessibilité (loi du 9 avril 1898). Mais les indemnités pour incapacité temporaire resteraient communes car elles représentent seulement le salaire perdu qui serait lui-même tombé en communauté.

228. — Aucun des trois arguments invoqués par les tenants de cette théorie ne saurait résister à l'analyse : tout d'abord, la communauté ne peut avoir subi le préjudice car elle n'est pas une personne morale (17), elle n'est qu'une masse de biens indivis; si une autre personne se trouve lésée également, ce ne peut-être que le mari qui dispose lui aussi d'une action personnelle pour le préjudice qu'il subit. Et, même à supposer que la communauté éprouve un dommage du fait de l'accident, ce ne peut être que d'une manière indirecte, et le préjudice subi sera suffisamment compensé par la jouissance de l'indemnité qu'elle possède indiscutablement même si on reconnaît à la créance d'indemnité le caractère de propre (18).

La faculté de travail d'un époux est inhérente à sa personne, et qui soutiendrait que la personne des époux entre dans le patrimoine commun ? La capacité de travail, l'industrie des époux ne peut être considérée comme un bien distinct de leur personne et le Code civil le dit expressément dans l'article 1498 qui fait entrer en communauté les acquêts *provenant* de l'industrie commune des deux époux.

(17) Cass., 18 avril 1860, D. 1860-I-185, S. 1860-I-305; Cass., 16 janvier 1877, D. 1878-I-265; Cass., 28 février 1886, S. 1887-I-213; Lyon, 15 juillet 1926, D.P. 1927-II-129, note NAST.

(18) Note CAPITANT sous Cass. req., 23 février 1897, au D. 1898-I-121; note RIFERT sous Orléans, 31 mai 1907, au D. 1911-II-225.

Enfin, il ne suffit pas de dire que l'indemnité, parce que mobilière, doit tomber en communauté; il existe des propres mobiliers non prévus par la loi (19), et justement le problème à résoudre est de savoir s'il n'y a pas de raisons suffisantes pour l'exclure de la communauté.

229. — Devant l'échec de cette première théorie, des auteurs ont essayé d'élaborer un système transactionnel qui tienne compte à la fois de l'intérêt de la communauté et de celui de la femme qui a subi le préjudice. Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville (20) proposent de laisser aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation. Ce serait à eux d'examiner si les dommages-intérêts sont dus à la communauté ou personnellement à l'époux victime de l'accident. A la dissolution de la communauté, en cas d'octroi d'une somme globale, on répartirait l'indemnité entre la masse commune et l'époux victime suivant une évaluation du préjudice subi par chacun d'eux.

De la même conception s'est inspiré Demogue (21). Il opère une ventilation entre les différentes indemnités que peut entraîner la réparation d'un accident. La part représentant les frais de traitement est due à celui des patrimoines qui les a payés; ordinairement, ce sera la communauté. La part de l'indemnité destinée à réparer le préjudice corporel revient naturellement à titre de propre à l'époux qui a été victime de l'accident, « car c'est cet époux et lui seul qui en souffre directement ». La communauté aura simplement droit à « l'usufruit » de ce capital si l'indemnité consiste en un capital, ou aux arrérages de la rente si c'est une rente viagère qui est versée. Enfin, Demogue distingue encore « l'indemnité pour dommage pécuniaire » qui ordinairement revient à la communauté, car celle-ci aurait bénéficié des produits du travail de la victime. Cependant, si elle survit à la dissolution de la communauté, pour la période postérieure à cette dissolution, la victime subit seule et directement le dommage. Il faudra donc répartir le montant de cette indemnité d'après les probabilités de survie de l'époux accidenté. Ce sera au tribunal qu'il appartiendra de fixer à qui revient exactement l'indemnité, au moment où il l'accorde. Si, à cette époque, il ne dispose pas d'éléments suffisants d'appréciation, ce sera aux époux ou à leurs héritiers de le saisir de nouveau après la dissolution du ménage et alors il se livrera à un calcul approximatif pour répartir le plus équitablement possible l'indemnité entre la communauté dissoute et le patrimoine propre de l'époux victime de l'accident.

(19) Tels que les décorations, les lettres reçues, les manuscrits, les souvenirs de famille.

(20) BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, *Traité du contrat de mariage*, T. I, n° 470.

(21) Notes DEMOGUE sous Orléans, 31 mai 1907, au S. 1909-II-113, et sous Cass. req., 13 avril 1921, au S. 1922-I-257.

Ces théories transactionnelles se condamnent elles-mêmes par leur complexité. Leur application ne saurait être qu'arbitraire et dans une mesure inquiétante, surtout lorsqu'il s'agira de calculer les chances que la victime peut avoir de survivre plus ou moins longtemps à l'accident. Enfin, on ne peut laisser à la discrétion des juges l'entrée ou non d'un bien en communauté.

230. — Il ne semble donc pas qu'on doive entrer dans ces distinctions subtiles. Du moment qu'elle a été accordée à l'époux pour atteinte portée à sa personne physique, l'indemnité constitue un bien propre pour le tout. On en a donné d'assez faibles raisons, alléguant soit que ces indemnités sont incessibles, soit qu'elles représentent l'activité physique qui serait un propre (22). Ni l'une ni l'autre de ces considérations ne sont déterminantes : l'incessibilité n'est pas un critérium pour distinguer les propres des biens communs puisque les salaires tombent en communauté bien qu'ils puissent être en partie incessibles et on ne peut considérer l'activité physique ni comme un bien propre ni comme un bien commun.

En réalité, le caractère propre de la créance d'indemnité accordée en réparation d'un préjudice physique se justifie parce que l'indemnité a pour origine une atteinte portée à la personne et parce qu'elle a pour objet de pourvoir aux nécessités de l'existence de l'époux victime du dommage, son existence étant devenue plus difficile en raison de la diminution ou de la disparition de sa capacité de travail (23). Il serait au surplus inexact de dire que la communauté subit un préjudice du fait même de l'accident; tout au plus peut-elle se plaindre d'un manque à gagner, d'un *lucrum cessans* qui se trouve compensé par la jouissance de l'indemnité, car cette jouissance correspond aux gains qu'aurait procuré le travail de la victime.

Toutefois, il faut réserver le préjudice spécial subi par la communauté du fait du paiement des frais médicaux et de traitement. Ordinairement, d'ailleurs, le tribunal accordera une indemnité spéciale pour les couvrir. Cependant, il peut arriver qu'ils

(22) Poitiers, 19 janvier 1920, rapporté sous Cass. req., 13 avril 1921, D. 1922-I-5, note CAPITANT, S. 1922-I-257, note DEMOGUE.

(23) PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 216; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 177¹; BEUDANT, T. X, n° 284; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 290; JOSSERAND, T. III, n° 34; AUBRY et RAU, par ESMEIN, T. VIII, § 522, texte et note 10-6; note RIPERT sous Orléans, 31 mai 1907, D. 1911-II-225; notes CAPITANT sous Cass. civ., 23 février 1897, D. 1898-I-121, et sous Cass. req., 13 avril 1921, D. 1922-I-5; Pierre JAUBERT, *Les propres mobiliers dans la communauté légale*, thèse Bordeaux, 1942, n° 150.

La jurisprudence a adopté la même solution d'abord à propos de la communauté réduite aux acquêts : Cass. civ., 23 février 1897, D. 1898-I-121, note CAPITANT, puis elle l'a étendue au régime de la communauté légale : Cass. req., 13 avril 1921, D. 1922-I-5, note CAPITANT, S. 1922-I-257, note DEMOGUE; Trib. civ. Seine, 20 juillet 1929, G.P. 1929-II-634; Trib. civ. Laval, 27 juillet 1932, D.P. 1932-II-169, note CENDRIER; Lyon, 6 novembre 1935, D.P. 1937-II-63, note NAST; Trib. civ. Seine, 9 juin 1938, D.P. 1939-II-73, note NAST.

soient compris dans la somme globale allouée; en ce cas, il sera tout aussi facile à la communauté d'en récupérer le montant.

2° *La créance d'indemnité compensatrice du dommage moral.*

231. — La question de savoir si la créance d'indemnité compensatrice d'un dommage moral entre en communauté ou reste propre, ne se pose pas exactement dans les mêmes termes que lorsqu'il s'agissait de réparer un préjudice corporel. En effet, dans ce dernier cas, l'indemnité avait pour but d'assurer la subsistance de la victime, alors qu'ici il s'agit simplement de réparer l'atteinte à l'honneur ou à la considération. Par suite, l'un des arguments qui fondait le caractère propre de la créance d'indemnité compensatrice d'un dommage physique fait défaut.

Aussi, les auteurs, qui faisaient entrer en communauté la créance d'indemnité pour dommage corporel adoptent-ils à fortiori la même solution pour le dommage moral (24). Ils ne font exception que pour le préjudice causé à l'un des époux par l'adultère de son conjoint, ce dernier ne pouvant se prévaloir des effets de sa propre faute : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Cependant, la majorité de la doctrine ne fait pas de distinction entre préjudice physique et préjudice moral et considère que, dans les deux cas, la créance d'indemnité constitue un bien propre (25). En effet, il n'est pas discutable que l'indemnité compensatrice d'un dommage moral a un caractère purement personnel; l'honneur, la réputation ou les sentiments d'affection ne sauraient entrer en communauté.

B. — LA QUALITÉ POUR EXERCER LES ACTIONS A CARACTÈRE PERSONNEL APPARTENANT A LA FEMME.

232. — La créance d'indemnité compensatrice d'un préjudice personnel subi par la femme ayant le caractère d'un propre (26), il importe de savoir qui, du mari ou de la femme, a qualité pour introduire l'action en justice. L'article 1428. alinéa 2, du Code civil qui accorde au mari l'exercice des actions mobilières appartenant à la femme, semble, à première vue, devoir s'appliquer car l'action

(24) GUILLOUARD, T. I, n° 362; LABBÉ, note au S. 1873-I-289.

(25) PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 216; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 1772; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 258; SAVATIER, *Traité de la responsabilité*, T. II, n° 667; MAZEAUD, T. III, n° 2509; JAUBERT, *Les propres mobiliers dans la communauté légale*, thèse Bordeaux, 1942, n° 150; en ce sens : Trib. civ. Ruffec, 30 octobre 1902, S. 1903-II-180.

(26) Ceux qui admettent le caractère commun de cette indemnité sont amenés à reconnaître au mari seul le pouvoir d'agir en justice conformément aux droits qu'il détient en vertu de l'art. 1421 C. civ.; en ce sens un arrêt belge de la Cour de Gand du 10 décembre 1890 au S. 1891-IV-29.

en dommages-intérêts est certainement une action personnelle mobilière. Aussi les premières décisions jurisprudentielles rendues en la matière accordaient-elles au mari en tant qu'administrateur des propres de sa femme l'exercice de l'action en dommages-intérêts (27). Cependant, l'article 1428, alinéa 2, ne donnant pas au chef de la communauté un pouvoir exclusif, ces mêmes arrêts admettaient que la femme commune en biens avait, elle aussi, qualité pour exercer l'action en réparation d'un dommage qu'elle avait personnellement subi.

233. — En réalité, il apparaît plus conforme à la nature juridique de cette action en dommages-intérêts d'en refuser au mari l'exercice. Elle a pour objet la réparation d'un *préjudice causé à la personne* de la femme et le chef de la communauté, en vertu de son droit de jouissance, n'administre que les biens personnels de son épouse. Comme le note très justement le tribunal de Ruffec dans son jugement du 30 octobre 1902 (28), l'action qui appartient à la femme « est une action *sui generis*, éminemment personnelle qui ne rentre pas dans la catégorie des actions visées par l'article 1428. » Surtout, lorsqu'il s'agit d'une action en diffamation ou en injure, il y a un intérêt moral en jeu que la femme est seule qualifiée pour apprécier. La qualité ne saurait dépendre en ce cas d'une stipulation du contrat de mariage; « pour une haute raison morale de dignité personnelle » (29), la volonté des futurs époux ne peut en transférer l'exercice au mari. Enfin un argument d'analogie peut être tiré de l'article 1166 du Code civil en faveur du droit exclusif de la femme d'agir en justice : cet article dénie aux créanciers l'exercice par l'action oblique des droits et actions de leur débiteur « qui sont exclusivement attachés à la personne. » Par application de ce texte, la jurisprudence a refusé à un créancier le droit d'agir en réparation de l'atteinte portée à l'intégrité physique de son débiteur (30). Cette solution doit être étendue au régime de communauté et on doit refuser au mari l'exercice des actions exclusivement attachées à la personne de la femme (31).

(27) Cour de Rennes, 22 novembre 1865, S. 1866-II-54; Cass. crim., 23 mars 1866, S. 1866-I-311; Angers, 28 mai 1866, S. 1866-II-212; ces trois arrêts ont été rendus dans une même affaire et sont relatifs à une action en diffamation appartenant à la femme commune en biens; *adde* : Trib. cant. Audun-le-Tiche, 18 janvier 1957, D. 1957, Somm., 69.

(28) Trib. Ruffec, 30 octobre 1902, S. 1903-II-180.

(29) Trib. Ruffec, *préc.*

(30) Toulouse, 4 mars 1938, D.C. 1941, p. 28.

(31) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 631; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 626; JOSSE-RAND, T. III, n° 198; NAST, *Rev. crit.*, 1933, p. 292; note CENDRIER sous Trib. civ. Laval, 27 juillet 1932, au D.P. 1932-II-169; Henri TAPON, *La situation de la femme mariée dans le procès civil depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Poitiers, 1946, pp. 61-62; Trib. Ruffec, 30 octobre 1902, S. 1903-II-180; Trib. civ. Laval, 27 juillet 1932, D.P. 1932-II-169, note CENDRIER; Paris, 18 novembre 1933, D.H. 1934, Somm., 17; Trib. civ. Seine, 2 janvier 1938, G.P. 1938-II-432.

S'il se trouve lésé par le dommage subi par son épouse, le mari possède de son côté une action personnelle contre l'auteur du dommage, mais cette action est complètement distincte de celle appartenant à la femme.

234. — Ainsi, lorsque le dommage corporel ou moral a été causé à la femme commune en biens par un tiers, elle seule peut agir en justice pour obtenir réparation. Mais il se peut que le mari soit à l'origine du préjudice subi par la femme. En ce cas, peut-elle agir contre son époux pendant la communauté ou doit-elle attendre la dissolution du régime ? La question présente de nos jours une grande importance pratique, notamment en cas d'accident, en raison du développement de l'assurance. En effet, il arrive fréquemment que le mari, auteur de l'accident, soit assuré contre le risque de responsabilité. Pour pouvoir obtenir l'indemnité d'assurance, la femme doit avoir la possibilité d'agir contre son mari, car ce recours est la condition nécessaire pour entraîner le paiement de l'indemnité par l'assureur. Si la femme doit attendre la dissolution du régime pour intenter l'action en justice, cela équivaut à une perte de son droit d'agir car de nombreuses années peuvent s'être écoulées depuis l'accident et lorsqu'elle voudra intenter l'action en responsabilité, elle risque de ne plus pouvoir prouver la responsabilité du mari. Des raisons d'ordre pratique militent donc en faveur d'un recours immédiat de la femme contre son mari en cas d'accident causé par ce dernier à son épouse.

235. — Mais les principes du régime de communauté risquent de faire obstacle à un tel recours pendant la durée du régime. A l'union des personnes, la communauté ajoute l'union des biens, mise en évidence par la remise au mari de l'administration des patrimoines propres et du patrimoine commun ; permettre à la femme d'agir en justice contre son mari pendant le mariage serait porter atteinte au pacte conjugal conclu par les époux. Aussi, une telle action est-elle prohibée : elle serait contraire, tout d'abord, au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales contenu dans l'article 1395 du Code civil car elle aboutirait à une modification du régime matrimonial. En outre, tout règlement anticipé entre époux peut cacher une libéralité déguisée formellement prohibée par l'article 1099 du Code civil. Enfin, l'article 1478 du Code civil paraît bien supposer que le règlement des créances entre époux ne peut avoir lieu qu'après le partage de la communauté ; il décide, en effet, qu'après le partage consommé, si l'un des deux époux est créancier personnel de l'autre, il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui-ci dans la communauté ou sur ses biens personnels. Ces divers arguments ont d'ailleurs amené la jurisprudence à interdire les partages anticipés de la commu-

nauté (32). Ils obligent de même à conclure à l'irrecevabilité de toute action en justice intentée par un conjoint contre l'autre pendant la durée de la communauté (33).

236. — La réfutation de cette thèse a été présentée par M. Cendrier (34). Il remarque tout d'abord qu'elle n'a été consacrée que par un seul arrêt de Cour d'appel, d'ailleurs ancien (35), et il montre ensuite que les arguments invoqués ne sont pas pertinents. Loin de permettre aux époux de tourner le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, le jugement assurera, au contraire, le maintien de l'équilibre entre les patrimoines. Il n'y a pas, de plus, à craindre une donation déguisée de la part de l'un des conjoints puisque la créance d'indemnité sera allouée par un tribunal. Enfin, l'argument tiré de l'article 1478 n'est pas plus solide : il n'interdit nullement les actions exercées par un époux contre l'autre durant la communauté; il a trait à la liquidation de la société conjugale et il suppose donc que cette société a déjà pris fin. « Ce serait aller au-delà de ses prévisions expresses que d'étendre son champ d'application en dehors des cas qu'il prévoit et de l'époque à laquelle il se réfère » (36).

D'ailleurs, si l'on se reporte à l'histoire du régime de communauté, on s'aperçoit que la création de cette prétendue interdiction des actions entre époux est postérieure au Code civil. Pothier (37) n'interdisait nullement à un époux de poursuivre son conjoint durant la communauté; s'il n'envisage que l'hypothèse de créances à exercer après la dissolution de la société conjugale, c'est uniquement parce que ce sont les plus courantes, mais il ne dit pas que ce soit la seule hypothèse possible.

Ce qui montre, en outre, l'impossibilité de soutenir l'interdiction des actions en justice entre époux durant le mariage, c'est que ceux qui en sont partisans sont obligés de reconnaître à ce principe un certain nombre d'exceptions qui, de jour en jour, vont en augmentant. Ainsi la femme peut produire provisoirement à

(32) Cass. req., 6 février 1903, D. 1903-I-301; Paris, 24 mars 1903, D. 1905-II-1, note PLANIOL; Cass. civ., 3 novembre 1924, D.P. 1925-I-137, note SAVATIER, S. 1925-I-13; Paris, 2 mars 1925, D.P. 1926-II-13, note NAST; Trib. civ. Rouen, 25 octobre 1926, D.H. 1927-44; Cass. req., 24 novembre 1931, D.P. 1932-I-32; Cass. civ., 18 mars 1941, J.C.P. 1942-II-1684, note P. RAYNAUD; Trib. civ. Bordeaux, 12 février 1951, D. 1951, Somm., 57.

(33) BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. I, n° 791; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 497; AUBRY et RAU, par ESMEIN, T. VIII, § 512; JOSSERAND, T. III, n° 365, 2°.

(34) Note CENDRIER sous Trib. civ. Laval, 27 juillet 1932, au D.P. 1932-II-169.

(35) Paris, 1^{er} août 1820, *Jur. gén.*, V° Contrat de mariage, n° 2441.

(36) Cour d'Agen, 11 juillet 1945, S. 1946-II-101, note RAYNAUD, D. 1947, p. 152, note CHÉRON, observ. LAGARDE à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1946, p. 26.

(37) POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 676.

la faillite de son mari (38) ; dans un ordre ouvert sur le prix des immeubles de son époux, elle peut être colloquée provisoirement sauf à ne toucher le montant de sa collation qu'après la dissolution du mariage (39). Allant plus loin encore, la jurisprudence a autorisé l'action contre son mari de la femme qui réclamait une pension alimentaire et lui a permis de poursuivre le paiement de cette pension pendant la communauté par toutes les voies de droit (40). Récemment, enfin, la Cour de cassation (41) a admis l'exercice, au cours de la communauté, de l'action en paiement des indemnités dues par un conjoint à l'autre ; dans l'espèce, il s'agissait de deniers provenant de l'aliénation d'immeubles propres au mari et conservés par celui-ci en vue d'un remploi immobilier ; ces deniers lui avaient été soustraits par son épouse. La Cour de cassation estime que « le mari est en droit d'obtenir réparation par voie de restitution au cours même de la communauté, à peine autrement d'être injustement privé de la faculté de remploi et de rester avec la seule perspective d'un règlement aléatoire, en tout cas inadéquat, à la date incertaine de la dissolution de la communauté. »

Si cet arrêt peut en partie se justifier par les circonstances particulières de la cause, il est cependant notable qu'il n'ait pas cru devoir justifier sa solution par une réfutation des arguments invoqués par ceux qui déniaient à un époux le droit d'agir contre son conjoint tant que dure la société conjugale. Désormais, le principe est acquis : aucune règle du régime de communauté ne fait obstacle à cette action. Par suite, en cas de dommage corporel ou moral causé par le mari à la femme commune en biens, il faut reconnaître à celle-ci la possibilité d'agir sans attendre la fin du régime (42). La créance d'indemnité ainsi allouée étant un propre, la communauté en aura la jouissance et la femme ne la reprendra qu'à la dissolution de la société conjugale ; mais le recours à la justice lui aura permis d'établir son droit et elle ne risquera plus de voir son action rendue aléatoire par une déperdition des preuves.

(38) Cass. civ., 28 juin 1865, D. 1865-I-360 ; PLANIOL, T. VIII, n° 497 *in fine* ; BAUDRY-LACANTINIERE, LECOURTOIS et SURVILLE, T. I, n° 792 ; Besançon, 20 novembre 1852, S. 1853-II-127.

(39) Toulouse, 30 juin 1858, S. 1859-II-474 ; AUBRY et RAU, par ESMEIN, § 512, texte et note 8.

(40) Cass. req., 19 août 1940, S. 1940-I-88, G.P. 1940-II-43, *Rev. trim. dr. civ.*, 1940-1941, p. 582, observ. LAGARDE ; Cour d'Agen, 11 juillet 1945, S. 1946-II-101, note RAYNAUD, D. 1947-152, note CHÉRON ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1946, p. 26, observ. LAGARDE.

(41) Cass. civ., 17 juin 1952, J.C.P. 1952-II-7209, note R.C., D. 1953-I, note WEILL, S. 1954-I-30, note BRUNET.

(42) Trib. civ. Laval, 27 juillet 1932, D.P. 1932-II-169 ; Lyon, 6 novembre 1935, D.P. 1937-II-63 (cet arrêt vise l'hypothèse inverse d'un recours du mari contre sa femme, mais les motifs invoqués s'appliquent dans les deux cas) ; Cass. crim., 26 février 1953 (solution implicite), D. 1953-307 ; note CENDRIER au D.P. 1932-II-169-II ; note NAST au D.P. 1937-II-63 ; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 397, note 1.

SECTION II

L'EXERCICE DES ACTIONS IMMOBILIÈRES PÉTITOIRES

237. — Avant 1938, la solution admise aussi bien par la doctrine (43) que par la jurisprudence (44) était que l'article 1428, alinéa 2, du Code civil n'accordant au mari que les actions mobilières et possessoires, on devait lui refuser le droit d'exercer les actions immobilières pétitoires. C'était déjà de cette façon qu'on interprétait dans l'ancien droit l'article 233 de la coutume de Paris qui était conçu dans les mêmes termes que l'article 1428 du Code civil.

Lorsqu'il y avait lieu d'intenter une action immobilière pétitoire, c'était la femme commune en biens qui devait agir ou c'était contre elle que le tiers demandeur devait exercer son action. Le mari poursuivi pouvait opposer l'exception tirée de ce que la demande aurait dû être dirigée contre la femme (45) et celle-ci pouvait former tierce opposition contre le jugement rendu sans qu'elle fût intervenue au procès (46).

Les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 n'ayant pas modifié le texte de l'article 1428, alinéa 2, il semble que l'interprétation antérieure de la jurisprudence doive être maintenue : la femme commune en biens a seule qualité pour intenter les actions immobilières pétitoires relatives à ses biens personnels (47).

Cependant, un auteur (48) exige le concours des deux époux pour intenter une telle action. Il se base sur le fait que l'exercice d'une action en justice à propos d'un bien est conditionné par les

(43) RODIÈRE et PONT, T. II, n° 907; AUBRY et RAU, 5^e éd., § 509, texte et note 29; GUILLOUARD, T. II, n° 819; DE FOLLEVILLE, *Traité du contrat de mariage*, T. I, n°s 340 et suiv.; A. MÉRICNHAC, *Traité du régime de communauté*, T. I, n°s 1325 et suiv.; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, n° 628; Henry RAILLARD, *Du droit de la femme mariée d'ester en justice*, thèse Paris, 1910, p. 69; Henri PICARD, *La femme mariée en justice*, thèse Toulouse, 1909, pp. 39-40; Ambroise ROBET, *L'autorisation maritale et de justice dans les actes judiciaires*, thèse Paris, 1913, p. 155.

(44) Cass., 14 novembre 1831, et 15 mai 1832, S. 1832-I-388; Cass. req., 16 décembre 1840, D. 1841-I-33, S. 1841-I-11; Cass. civ., 22 avril 1873, S. 1873-I-276, D. 1873-I-428; Paris, 23 avril 1873, D. 1873-I-428; Bourges, 14 juin 1892, D. 1893-II-335; Bourges, 31 décembre 1894, S. 1895-II-82, D. 1895-II-406; Amiens, 24 décembre 1902, G.P. 1903-I, Table, V° Communauté; Cass. req., 19 mai 1936, S. 1936-I-221, D.H. 1936, p. 345.

(45) Cass. civ., 22 avril 1873, S. 1873-I-276, D. 1873-I-428.

(46) Paris, 23 mars 1872, D. 1872-II-169.

(47) Cass. com., 28 décembre 1949, S. 1950-I-116, D. 1950, p. 210, *Bull. cass.*, 1949-I-212, observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, p. 182, S. 1950, Chron., DROUILAT, p. 26; en ce sens : AUBRY et RAU, par ESMEIN, T. VIII, § 510, texte et note 23; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 632; COLIN et CAPITANT, T. III, n° 586.

(48) Henri TAPON, *La situation de la femme mariée dans le procès civil depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Poitiers, 1946, p. 40.

pouvoirs qu'on a sur ce bien. Or, la jurisprudence et la plupart des auteurs admettent que la femme commune en biens ne peut aliéner la pleine propriété d'un de ses immeubles personnels sans le concours de son mari : une vente effectuée par la femme seule serait inopposable au chef de la communauté et, par suite, elle ne pourrait porter que sur la « nue-propriété ».

De plus, l'article 2208, alinéa 2, du Code civil n'a pas été modifié par les lois qui ont accordé à la femme mariée la pleine capacité. Or, cet article qui a trait à la saisie des immeubles de la femme exige que cette saisie soit dirigée à la fois contre les deux époux. Le maintien de cet article se comprend aisément : le tiers saisissant doit aussi diriger son action contre le mari car c'est celui-ci qui est titulaire de l'« usufruit » de la communauté sur les propres de la femme.

Si la femme commune en biens veut exercer seule une action immobilière pétitoire relative à ses propres, elle devra auparavant se faire autoriser en justice sur la base de l'article 217. En ce cas, le jugement rendu sera opposable au mari.

Une telle conception ne saurait être acceptée car elle procède d'une assimilation du droit de jouissance à un usufruit, assimilation que nous avons toujours combattue. L'article 1428, alinéa 3, devant désormais s'interpréter en fonction de la capacité de la femme mariée, même en l'état actuel des textes, il faut reconnaître à la femme commune en biens la possibilité d'aliéner seule la pleine propriété de ses biens personnels.

Dès lors, si on applique le principe suivant lequel l'action en justice est conditionnée par les pouvoirs qu'on a sur les biens, on doit reconnaître à la femme la possibilité d'exercer seule les actions immobilières pétitoires relatives à ses propres.

Cette solution est corroborée par le fait que le mari dispose de moyens suffisants pour défendre le droit de jouissance de la communauté, ayant seul l'exercice des actions possessoires. Représentant de la communauté, il serait libre aussi d'exercer une sorte d'action confessoire par laquelle, sans soulever la question de la propriété, il revendiquerait le droit de jouissance qui lui appartient (49). La jurisprudence, allant plus loin encore, lui accorde la possibilité d'intenter l'action en bornage (50). Et, pourtant, cette action est une action immobilière qui, en principe, est réservée au propriétaire (art. 646, C. civ.). Cependant, les tribunaux et la doctrine, adoptant une interprétation large de cet article,

(49) Bourges, 31 décembre 1894, D. 1895-II-406; Orléans, 31 janvier 1898, D. 1900-II-238; Lyon, 25 septembre 1940; G.P. 1940-II, Tables, V° Communauté.

(50) Cass. req., 19 mai 1936, S. 1936-I-221; Cass. com., 23 décembre 1949, S. 1950-I-116, D. 1950, p. 210.

reconnaissent au mari le droit de l'exercer, de même qu'à l'usufruitier (51) et au simple usager (52).

Ainsi donc, la femme commune en biens possède, en principe, la qualité nécessaire pour intenter les actions en justice relatives à son patrimoine personnel. Mais, pour que cette qualité ne soit pas une prérogative illusoire, il importe qu'elle soit complétée par une capacité effective.

(51) Bordeaux, 23 juin 1836, S. 1837-II-37; AUBRY et RAU, T. II, § 199, texte et note 11; PLANIOL et RIPERT, T. III, par PICARD, n° 434; JOSSERAND, T. I, n° 1437; RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 2938.

(52) Montpellier, 14 décembre 1840, D. 1841-I-651.

CHAPITRE II

LA CAPACITE

DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS

D'AGIR EN JUSTICE

238. — Les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 ayant aboli l'ancienne incapacité de la femme mariée, normalement il doit en résulter pour la femme commune en biens de nouvelles possibilités d'action en matière judiciaire. Mais le régime de communauté accordant toujours au mari la direction des affaires du ménage, la capacité de principe de la femme risque de se heurter à de nombreuses difficultés pratiques.

SECTION I

LA CAPACITÉ DE PRINCIPE

239. — Sous l'empire du Code civil de 1804, l'impossibilité pour la femme commune en biens, comme pour toute femme mariée, d'ester seule en justice résultait de l'article 215 du Code civil : « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique ou non commune ou séparée de biens. » Cette règle n'était que l'application du principe plus général de l'incapacité de la femme mariée posé par l'article 217 du Code civil ancien.

La généralité des termes de l'article 215 ancien étant absolue, l'autorisation maritale était requise, que la juridiction saisie soit

civile ou administrative, que la femme figure dans le procès en qualité de demanderesse ou de défenderesse, que son adversaire soit un tiers ou le mari : la femme ne pouvait assigner ce dernier en justice sans avoir au préalable obtenu de lui l'autorisation exigée par la loi ! Le mari se trouvait ainsi juge et partie et on comprend que normalement il ait tendance à refuser son autorisation pour un procès qui risquait de lui porter préjudice.

Le dogme de l'incapacité comportait cependant quelques exceptions : d'après l'article 216 du Code civil ancien, l'autorisation maritale n'était pas nécessaire lorsque la femme était poursuivie « en matière criminelle ou de police ». Cette formule était interprétée largement, en ce sens qu'elle visait toutes les poursuites engagées contre une femme mariée à raison d'une infraction commise par elle à la loi pénale, sans distinguer d'après la gravité de l'acte ni suivant la nature de la juridiction saisie ; lorsque la femme avait commis un crime, un délit ou une contravention, l'action publique était susceptible d'être exercée contre elle, sans autorisation de son mari, devant une juridiction répressive quelconque, Cour d'assises, tribunal correctionnel, tribunal de simple police.

Quand une action civile venait se greffer sur l'action publique, une distinction s'imposait : si l'action civile était exercée devant une juridiction répressive, elle était considérée comme accessoire à l'action publique et la femme n'avait plus à solliciter l'autorisation de son époux (1). Mais le principe énoncé dans l'article 215 ancien s'appliquait de nouveau lorsque cette action était introduite à l'état isolé, devant une juridiction civile.

L'exception de l'article 216 du Code civil se comprenait facilement. Il n'eût pas été normal que l'action publique, qui a pour but la défense de la société toute entière, pût dépendre de la bonne volonté du mari ; l'intérêt particulier devait céder devant l'intérêt général.

A l'opposé, si la femme mariée prenait l'initiative de poursuites pénales contre un tiers, il était admis en général qu'elle avait alors besoin de l'accord de son mari (2). Cette solution était illogique car, ce faisant, la femme n'agissait pas uniquement dans son intérêt personnel, elle prenait aussi la défense de la société qui se trouvait atteinte par l'infraction pénale qui avait été commise.

L'autorisation maritale devait en principe être spéciale au procès engagé et l'autorisation générale d'ester en justice donnée à la femme dans le contrat de mariage ou même pendant le mariage

(1) Cass. civ., 26 avril 1865, D. 1865-I-267, S. 1865-I-276 ; Paris, 3 avril 1879, D. 1880-II-78 ; Henry RAILLARD, *Du droit de la femme mariée d'ester en justice*, thèse Paris, 1910, p. 122.

(2) Paris, 26 avril 1872, D. 1872-II-188, S. 1872-II-186 ; Cass. civ., 3 juin 1880, S. 1881-I-331 ; Trib. Troyes, 24 juin 1890, S. 1892-II-24 ; RAILLARD, *op. cit.*, p. 127.

était considérée comme nulle (3). En effet, il y aurait eu là de la part du mari une abdication des droits de surveillance et de direction que la loi lui confiait.

En imposant à la femme l'obligation de se munir de l'autorisation maritale, le Code civil supposait par là même une parfaite entente entre les époux et la capacité ou la présence du mari. Mais il se pouvait que le mari refusât à sa femme le droit d'ester en justice ou qu'il soit empêché ou légalement incapable de le lui accorder. En ce cas, la loi permettait à la femme d'en référer à la justice (C. civ. ancien, art. 218, 219, 221, 222 et 224). Le seul effet de cette autorisation de justice était de la relever momentanément de son incapacité vis-à-vis des tiers; il n'en pouvait résulter aucune conséquence, aucun préjudice pour le mari, et cela sous n'importe quel régime. Les condamnations qu'une femme commune en biens avait ainsi encourues ne pouvaient recevoir exécution ni sur les biens de la communauté, ni sur la pleine propriété de ses propres en raison du droit de jouissance existant sur ces biens (4).

Lorsque la femme avait plaidé sans avoir été autorisée par son mari ou habilitée par la justice, la sanction normale eût dû être la nullité du jugement qui aurait pu être opposée par la femme, par le mari ou par leurs héritiers (art. 225, C. civ. ancien). Mais, quand la décision de justice était intervenue, le principe de l'autorité de la chose jugée faisait écarter toute action en nullité : voies de nullité n'ont lieu contre les jugements. Les seules voies de recours ouvertes étaient alors l'opposition, l'appel, le pourvoi en cassation et la tierce opposition qui devaient être intentés dans les délais légaux.

240. — La loi du 18 février 1938 ayant abrogé les articles 215 et 216 du Code civil, il semblerait que désormais la femme mariée ait la possibilité d'agir seule en justice. L'exercice de la capacité ne peut être limité que par le contrat de mariage ou la loi et aucun texte relatif au régime de communauté ne vient limiter la capacité de la femme d'ester en justice.

Cependant, au début de l'application des lois nouvelles, des hésitations se sont manifestées en jurisprudence (5) en raison du maintien par les lois de 1938 et de 1942 de deux textes qui exigeaient une autorisation maritale.

La loi du 12 juillet 1905 sur les justices de paix prévoit toujours dans son article 16, alinéa 1, la nécessité d'une autorisation mari-

(3) Cass. civ., 30 janvier 1877, D. 1877-I-348, S. 1877-I-73; Cass. req., 3 janvier 1898, D. 1898-I-459, S. 1898-I-400; Cass. civ., 16 mars 1898, D. 1898-I-214, S. 1898-I-400.

(4) Cass. civ., 30 avril 1862, D. 1862-I-210, S. 1862-I-449; RAILLARD, *op. cit.*, p. 256; Henri PICARD, *La femme mariée en justice*, thèse Toulouse, 1909, p. 119.

(5) Alençon, 31 décembre 1940, G.P. 1941-I-158; Trib. paix Issy-les-Moulineaux, 7 avril 1943, G.P. 1943-I-260.

tales ou de justice pour que la femme mariée puisse plaider (6). C'est pourquoi le Tribunal de paix d'Issy-les-Moulineaux, dans son jugement du 7 avril 1943 (7), a cru bon d'autoriser une femme mariée à ester devant lui.

De même, les causes des femmes « non autorisées de leur mari », aux termes de l'article 83, 6°, du Code de procédure civile, doivent être communiquées au ministère public qui prendra à cette occasion des conclusions devant la juridiction saisie. N'est-ce pas implicitement reconnaître l'incapacité procédurale de la femme mariée puisque, si le mari n'intervient pas, le ministère public le remplace pour sauvegarder les intérêts de la femme ?

241. — En réalité, il faut admettre que c'est par une simple inadvertance du législateur que ces deux textes subsistent dans leur teneur antérieure à 1938. L'autorisation maritale et, à défaut, l'autorisation de justice ne sont plus requises pour que la femme puisse agir valablement. Sa capacité depuis 1942 est totale, elle ne peut être limitée que par des pouvoirs concurrents du mari; mais, alors, c'est une question de qualité et non pas de capacité. La femme commune en biens n'a pas toujours qualité pour exercer les actions intéressant son patrimoine, mais toutes les fois qu'elle peut agir elle-même, à la qualité vient s'adjoindre la capacité d'ester en justice (8).

Cette capacité existe quelle que soit la juridiction saisie, que ce soit une juridiction civile, administrative ou pénale; elle vaut pour tous les actes de la procédure : demande introductive d'instance, appel, pourvoi en cassation, opposition, requête civile, tierce opposition ou prise à partie. Lorsque la femme a qualité pour

(6) Loi du 12 juillet 1905, art. 16, al. 1 : « Les juges de paix peuvent autoriser une femme mariée à ester en jugement devant leur tribunal lorsqu'elle n'obtient pas cette autorisation de son mari entendu ou dûment appelé par voie de simple avertissement. »

(7) Trib. paix Issy-les-Moulineaux, 7 avril 1943, G.P. 1943-I-260.

(8) Trib. civ. Seine, 17 mars 1938, *La Loi*, 21 mai 1938; Trib. civ. Lyon, 7 avril 1938, *La Loi*, 24 octobre 1938; Trib. civ. Seine, 3 juin 1938, *Gaz. Trib.*, 14-15 octobre 1938; Cour appel Angers, 25 février 1941, D.A. 1941, p. 218; Cass. ch. soc., 1^{er} mars 1946, *Rev. Loyers*, 1946, p. 554; Cour appel Lyon, 23 décembre 1952, *Monit. judic. Lyon*, 24 octobre 1953; Trib. paix Montvilliers, *Ann. J.P.*, 1953-508; Cass. crim., 26 février 1953, D. 1953-307; CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, n° 299, p. 275; LABORDE-LACOSTE, *Traité élémentaire de procédure civile*, p. 37, n° 57; MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, n° 319, p. 266; NAST, « Commentaire de la loi de 1938 », D.P. 1939-IV-6; RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 1810; observ. LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1940-1941, p. 421, et 1943, p. 181; observ. RAYNAUD, *Rev. trim. dr. civ.*, 1946, pp. 49-50; DEFRÉNOIS, *Rép. prat. not.*, 1945, art. 26289, n° 21; Paul GÉRAUD, *L'étendue de la capacité civile de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Bordeaux, 1948, n° 74; Henri TAPON, *La situation de la femme mariée dans le procès civil depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Poitiers, 1946, p. 13; Robert MOUREAUX et Jean DUPUY, *Les conflits conjugaux devant la justice*, Sirey, 1943, p. 45; H. CORBES, « Un abus : la présence des deux conjoints à toute instance intéressant l'un d'eux », G.P. 1957-I, Doctr., p. 26.

disposer des droits litigieux, elle peut compromettre ou transiger (9).

SECTION II

LES DIFFICULTÉS PRATIQUES

242. — La femme commune en biens a donc théoriquement la capacité nécessaire pour agir seule en justice; mais il faut immédiatement ajouter que les règles du régime de communauté viennent limiter singulièrement la portée de cette affirmation, en raison des pouvoirs qui sont reconnus au mari en tant que chef du ménage.

La femme mariée sous le régime légal qui veut plaider seule, ne pourra pas tout d'abord régler les frais du procès car elle n'a pas le maniement des deniers; ensuite, le jugement rendu sera inopposable au mari, ce qui revient à dire qu'en l'état actuel de notre droit matrimonial, il aura une faible portée pratique. Aussi, dans la plupart des cas, les tiers qui auront à intenter un procès à la femme commune en biens trouveront plus sûr de mettre en cause le mari, non pas pour que celui-ci donne à la femme une autorisation de plaider qui n'est plus nécessaire, mais pour étendre les effets du jugement à intervenir.

I. — Le paiement des frais du procès.

243. — Tout procès entraîne soit pour l'une soit pour l'autre des parties une condamnation aux dépens. Les avoués qui s'occupent de l'affaire les avancent généralement, sauf, bien entendu, à se retourner ensuite contre la partie perdante. En outre, en dehors des dépens proprement dits, il est de multiples autres frais que même le gagnant est dans l'obligation de supporter. Quelle que soit l'issue du procès intenté par ou contre la femme commune en biens, celle-ci aura donc des frais à payer.

Or la femme sous le régime de la communauté n'a pas le maniement des deniers. Ceux-ci sont par leur nature des meubles fongibles et consommables par le premier usage; ils sont par essence des biens de la communauté soumis, en principe, aux pouvoirs exclusifs que le mari détient de par l'article 1421 du Code civil.

Par suite, la femme qui veut intenter un procès devra d'abord s'adresser à son mari pour obtenir les fonds nécessaires. De nombreux exemples nous sont donnés en jurisprudence de cette obli-

(9) Trib. civ. Seine, 2 juin 1938, J.C.P. 1938-II-716, S. 1939-II-3, D.P. 1939-II-78, note NAST.

gation (10) et si les arrêts, en règle générale, ont trait à une action en divorce ou en séparation de corps exercée par la femme contre son mari, il faut cependant admettre que les principes qu'ils dégagent s'appliquent à tout procès que la femme commune en biens voudrait intenter.

Par ce moyen détourné, on en revient en réalité à la nécessité de l'autorisation maritale. Celle-ci, théoriquement, n'est plus exigée par la loi, mais, en pratique, elle est indispensable pour permettre à la femme d'agir, ce qui montre, une fois de plus, que la capacité reconnue par les lois de 1938 et de 1942 restera un vain mot tant qu'elle n'aura pas été assortie de pouvoirs effectifs sur la communauté.

244. — Lorsque le mari refuse de fournir les deniers nécessaires — et il aura intérêt à le faire, notamment en cas de procès dirigé contre lui — la femme sera dans l'obligation de s'adresser à la justice pour pouvoir engager la communauté. Le seul recours possible doit être basé sur l'article 217 du Code civil.

Même ainsi autorisée à payer les frais du procès qu'elle veut engager, la femme risque de ne pouvoir remplir son obligation en cas de mauvaise volonté persistante du mari. Si elle n'a pas à sa disposition les deniers nécessaires, elle devra les demander au mari qui pourra lui opposer une force d'inertie qui paralysera en fait l'effet du jugement obtenu (11).

Surtout, même si elle a à sa disposition les deniers pour engager son procès, il se peut que l'estimation des frais que le juge a faite se révèle insuffisante. En raison de la spécialité de l'autorisation visée par l'article 217, la femme ne pourra alors payer de son propre chef les frais supplémentaires et devra de nouveau avoir recours à la justice. La Cour de cassation (12) avait déjà admis, avant 1942, que lorsque les sommes allouées par provision se révélaient insuffisantes, l'avoué de la femme n'était pas fondé à poursuivre sur les biens de la communauté le paiement du surplus de ses frais et avances. La solution reste la même actuellement et elle trouve sa justification dans l'article 1426 du Code civil.

(10) Paris, 7 février 1806, S. et P., Chron.; Angers, 28 janvier 1850, S. 1852-II-129; Cass. civ., 30 avril 1862, S. 1862-I-449; Cass. req., 9 juin 1898, S. 1899-I-23; Cass. civ., 3 août 1943, G.P. 1943-II-149, S. 1944-I-20; Cass. req., 5 juillet 1943, G.P. 1943-II-50, S. 1944-I-8; Colmar, 24 avril 1951, D. 1951-499; Trib. civ. Seine, 3 juillet 1951, D. 1951-559; Amiens, 19 juin 1952, J.C.P. 1952-II-7259.

(11) DERRIDA, « Le maniement des deniers par la femme commune en biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, pp. 453 et suiv., n° 28.

(12) Cass., 5 juillet 1865, D. 1865-I-312; Cass. req., 5 juillet 1943, G.P. 1943-II-50, S. 1944-I-8; Cass. civ., 3 août 1943, G.P. 1943-II-149, S. 1944-I-20 (ces deux derniers arrêts ont trait à des affaires qui avaient pris naissance avant 1942).

II. — Effets à l'égard du mari du procès soutenu par la femme seule.

245. — La capacité de la femme commune en biens d'ester en justice se trouve encore limitée en pratique par le fait que le jugement rendu est inopposable au mari, chef de la communauté (13). Certes, la femme peut agir seule, mais elle ne peut offrir qu'un gage insuffisant pour le paiement des condamnations qui pourraient être prononcées contre elle.

En effet, il convient de faire ici application des règles du régime de communauté d'après lesquelles la femme, depuis les réformes de 1938 et de 1942, peut contracter ou s'engager seule mais n'a pas le pouvoir d'obliger la communauté et le mari.

246. — Si elle est condamnée dans un procès qu'un tiers lui a intenté, elle ne pourra même, pour les auteurs et la jurisprudence (14) qui assimilent le droit de jouissance de la communauté à un usufruit, qu'offrir la « nue-propriété » de ses biens personnels en gage de la condamnation encourue. Particulièrement, à propos des actions immobilières pétitoires que la femme a seule qualité pour exercer, le jugement intervenu ne peut porter préjudice aux droits du mari (15). Si un tiers a intenté contre la femme une action en revendication au sujet d'un immeuble dont elle était censée être propriétaire et s'il gagne le procès, théoriquement le jugement devrait entraîner la restitution immédiate de cet immeuble au tiers revendiquant; mais, si la femme a été seule mise en cause, il devra attendre la dissolution du régime pour rentrer en possession du bien qui lui appartient, à moins qu'il ne préfère, après ce premier procès au pétitoire, exercer un nouveau recours contre le mari et cette fois en agissant sur le terrain possessoire.

On aperçoit immédiatement l'illogisme de cette solution, car elle aboutit en fait, sous prétexte de respecter les principes du régime de communauté, à permettre aux époux de maintenir leurs prérogatives sur un bien qui appartient à autrui. Ils continuent à administrer le bien et à en percevoir les revenus alors que juridiquement aucun droit de propriété ne leur est reconnu.

(13) Cour d'appel Lyon, 23 décembre 1952, au *Monit. judic. Lyon*, 24 octobre 1953 : « La seule conséquence de l'absence du mari dans l'instance est que le jugement rendu contre la femme ne lui est pas opposable. »

(14) Lyon, 7 avril 1938, *La Loi*, 4 octobre 1938; Trib. civ. Seine, 1^{er} décembre 1938, D.P. 1939-II-73, note NAST; Trib. civ. Valognes, 8 mars 1939, G.P. 1939-II-22; Toulouse, 6 avril 1943, G.P. 1943-II-46; Paris, 31 janvier 1946, J.C.P. 1946-II-3038; Nancy, 14 octobre 1947, *Rec. Nancy*, 1947-265; VOIRIN, J.C.P. 1943-I, éd. Not. 334, n° 21; FRÉJAVILLE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, pp. 223 et suiv.; AUBRY et RAU, par ESMEIN, T. VIII, § 510, texte et note 28; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 296; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 478.

(15) Henri TAPON, *op. cit.*, p. 111.

Pour que le jugement rendu soit opposable au mari, il faudrait qu'en cas de refus injustifié de celui-ci, la femme, avant toute instance sur le fond, se fasse autoriser en justice à engager la communauté sur le fondement de l'article 217.

Mais, si on redonne au droit de jouissance son sens et sa portée véritables, il faut admettre qu'une action immobilière pétitoire intentée contre la femme seule aura plein effet et entraînera l'obligation de restituer de la part du mari.

Il n'en reste pas moins vrai qu'en tout état de cause, la femme ne peut disposer du crédit que comporte l'engagement de la communauté, ce qui entraîne pratiquement la nécessité de faire intervenir le mari dans la plupart des procès qui sont intentés contre ou par la femme commune en biens.

CONCLUSION

247. — Ainsi s'achève l'étude des pouvoirs de la femme mariée sur son patrimoine personnel, sous un régime communautaire fonctionnant à l'état pur, c'est-à-dire tel qu'il s'est progressivement formé sous notre ancien droit.

Cette étude nous a donné l'occasion de montrer que les principes communautaires pouvaient avoir une signification très différente selon qu'on les interprétait en fonction de l'ancienne incapacité de la femme mariée ou qu'on tentait de traduire dans les faits les réformes opérées par les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942. Cette dernière conception permet d'accroître sensiblement les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel sans, pour autant, porter atteinte à l'intérêt de la famille et aux pouvoirs de chef du mari.

On peut, toutefois, se demander s'il ne conviendrait pas d'aller plus loin encore; tout en conservant comme régime principal le régime de communauté, seul susceptible, croyons-nous, de traduire dans les faits l'union qui caractérise le mariage, ne pourrait-on pas y introduire des principes séparatistes qui rendraient possible l'octroi à la femme d'une liberté d'action totale tant sur ses biens personnels que sur ceux qui proviennent d'une activité séparée? Le droit positif nous en fournit des exemples et ce sont eux que nous entendons étudier dans notre deuxième partie.

DEUXIEME PARTIE

Les pouvoirs de la femme commune en biens et les principes séparatistes

248. — L'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté se manifeste essentiellement de deux façons différentes. Tout d'abord, les futurs époux peuvent adopter dans leur contrat de mariage le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, ou un testateur ou un donateur peuvent attribuer la propriété d'un bien à la femme sous la condition qu'elle en conserve l'administration et la jouissance. Ces clauses qui ont pour but d'augmenter les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel, feront l'objet d'un titre premier.

En outre, la loi du 13 juillet 1907 puis la loi du 22 septembre 1942 ont accordé à la femme mariée de larges pouvoirs sur les gains et salaires et les économies qu'elle réalise dans l'exercice d'une profession distincte de celle de son mari. Le statut des biens réservés qui est calqué sur celui des biens personnels appartenant à des époux séparés de biens, sera étudié dans un titre II où nous déterminerons aussi les pouvoirs de la femme commune en biens exerçant une profession séparée sur son patrimoine personnel, ces pouvoirs devant se trouver augmentés en raison de l'introduction de principes séparatistes dans le régime de communauté.

Mais, préalablement, il convient, dans un titre préliminaire, de résoudre le conflit qui va opposer les principes séparatistes et les principes communautaires, afin de mieux dégager les idées essentielles auxquelles nous aurons constamment à nous référer au cours de cette deuxième partie.

TITRE PRELIMINAIRE

LES PRINCIPES SEPARATISTES EN CONFLIT AVEC LES PRINCIPES COMMUNAUTAIRES

249. — Le régime de séparation de biens est un régime où chacun des époux conserve l'administration, la jouissance et la disposition de ses biens personnels. Sous réserve de la contribution aux charges du ménage, chacun peut gérer ou aliéner ses biens comme il l'entend. Le mariage ne marque pas les patrimoines d'une affectation spéciale; chaque conjoint entend faire prévaloir son intérêt personnel sur l'intérêt de la famille; le plus habile risque d'augmenter sa fortune personnelle et le plus généreux de la sacrifier.

Le régime de communauté, au contraire, se caractérise, comme nous l'avons vu dans la première partie, par l'existence d'un droit de jouissance sur les patrimoines propres des époux au profit de la communauté pour lui permettre d'assurer la subsistance du ménage, et par une présomption d'acquêts qui constitue un instrument technique au service des pouvoirs du chef du ménage.

Il existe donc une opposition très nette entre les deux régimes et l'introduction de principes séparatistes doit obligatoirement entraîner un conflit qu'il convient de résoudre en reprenant l'étude et du droit de jouissance et de la présomption de communauté.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT DE JOUISSANCE DE LA COMMUNAUTE ET LES PRINCIPES SEPARATISTES

250. — L'introduction de principes séparatistes dans le régime de communauté a essentiellement pour but de faire disparaître les conséquences du droit de jouissance de la communauté sur le patrimoine personnel des époux. Pour les auteurs et la jurisprudence qui assimilent le droit de jouissance à un usufruit et ne permettent à la femme agissant seule que l'aliénation de la « nue-propriété » de ses propres, les emprunts faits au régime de séparation de biens ont pour effet la possibilité de l'aliénation en pleine propriété.

Pour nous, qui avons soutenu que le droit de jouissance n'était pas l'équivalent d'un usufruit et que la femme commune en biens pouvait aliéner seule la pleine propriété de ses propres en agissant conformément à l'intérêt de la famille, l'introduction de principes séparatistes ne peut avoir de répercussions que sur le droit de regard du chef de la communauté et sur l'administration des biens personnels.

Mais les répercussions des principes séparatistes ne se manifestent pas toujours avec la même importance, elles varient suivant les nécessités du crédit ou la volonté des futurs époux. Lorsque la femme commune en biens exerce une profession séparée, l'importance des emprunts aux principes gouvernant les régimes de séparation d'intérêts est assez limitée, tout au moins en ce qui concerne

les biens personnels, car les biens réservés sont directement sous la dépendance des principes séparatistes. Au contraire, lorsque la femme, par son contrat de mariage, par donation ou par legs, possède l'administration et la jouissance de ses biens personnels, les règles séparatistes doivent prévaloir.

SECTION I

ATTÉNUATION DU DROIT DE JOUISSANCE

251. — Les pouvoirs sur ses biens personnels de la femme qui exerce une profession séparée sont déterminés par l'article 5, alinéa 2, du Code de commerce et par l'article 225, alinéa 3, du Code civil. D'après le premier de ces textes, « les actes à titre onéreux par lesquels la femme dispose de ses biens personnels pour les besoins de son commerce ont leur entier effet à l'égard des tiers, et le mari ne peut opposer à ceux-ci les droits d'administration et de jouissance que le contrat de mariage lui donne sur les biens de sa femme ». De son côté, l'article 225, alinéa 3, décide que « la femme n'oblige ni le mari ni la communauté par les engagements qu'elle contracte pour un autre objet que l'intérêt du ménage ou les besoins de sa profession », ce qui semble bien impliquer *a contrario* qu'elle engage la communauté dans laquelle se trouve le droit de jouissance pour les besoins de sa profession (1).

252. — La femme commune en biens qui exerce une profession séparée peut donc aliéner seule pour les besoins de sa profession la pleine propriété de tous ses biens personnels: elle n'a pourtant pas l'administration de ces biens, à moins que ceux-ci ne constituent les éléments du fonds de commerce qui est utilisé pour l'exercice de la profession séparée. Le mari, comme sous la communauté ordinaire, continue à gérer les biens de son épouse, à passer les baux que nécessite cette gestion, à en percevoir les revenus et à exercer les actions mobilières et possessoires qui leur sont relatives.

Le maintien de certaines prérogatives attachées au droit de jouissance s'explique d'ailleurs aisément. Le législateur, en édictant des dispositions spéciales pour la femme exerçant une profession séparée, a voulu lui accorder le crédit dont elle pouvait avoir besoin, mais il n'a pas entendu sacrifier l'intérêt de la famille en la privant de ressources peut-être indispensables pour sa subsistance. La femme qui exerce une activité séparée doit supporter les

(1) Cette interprétation a été contestée. Nous n'entendons cependant pas exposer ici la discussion qui a surgi sur le sens de ce texte, car nous la retrouverons en étudiant les pouvoirs de la femme exerçant une profession séparée.

dépenses courantes occasionnées par la profession avec les gains réalisés; il n'était donc pas nécessaire de lui accorder en supplément les revenus de ses propres.

253. — Néanmoins, lorsque la femme exerce une profession séparée, le droit de regard du chef de la communauté ne s'exerce plus de la même manière. Sous le régime de la communauté ordinaire, le mari peut faire annuler chaque acte passé par la femme sur son patrimoine personnel s'il est en contradiction avec l'intérêt supérieur de la famille. Au contraire, lorsque la femme exerce une profession séparée, le mari ne peut critiquer l'acte passé sans interdire la continuation de la profession elle-même. Cette solution est impliquée par l'article 223, alinéas 1 et 2, du Code civil : « La femme peut exercer une profession séparée de celle de son mari, à moins que ce dernier ne s'y oppose. Les engagements pris par la femme dans l'exercice de cette profession sont nuls à l'égard du mari si les tiers avec lesquels elle contracte ont personnellement connaissance de l'opposition au moment où ils traitent avec l'épouse. »

En effet, du moment que le mari ne s'oppose pas à l'exercice par la femme d'une profession séparée, c'est que cette profession est conforme à l'intérêt de la famille et les actes de disposition passés par la femme sur son patrimoine personnel pour les besoins de sa profession, étant sous la dépendance étroite de la profession, ne sont contraires à l'intérêt de la famille que si la profession l'est elle-même. Pour pouvoir faire annuler un acte de la femme, le mari doit donc mettre fin à l'exercice de la profession.

SECTION II

DISPARITION DU DROIT DE JOUISSANCE

254. — L'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté, en cas d'exercice par la femme d'une profession séparée, n'entraîne qu'une atténuation du droit de jouissance de la communauté sur les propres de la femme. Cette atténuation peut paraître insuffisante à des futurs époux qui veulent faire prédominer leur intérêt personnel sur l'intérêt supérieur de la famille. La pratique notariale a alors inventé un régime qui, tout en conservant une masse commune, accorde à chaque conjoint l'administration et la jouissance de ses propres : c'est le régime de séparation de biens avec société d'acquêts.

Ce régime n'est prévu par aucun texte du Code civil, mais sa validité est certaine, en vertu du principe général de la liberté

des conventions matrimoniales (2). L'article 1387 pose, en effet, la règle que la loi ne régit l'association conjugale « qu'à défaut de conventions spéciales » et que les futurs époux peuvent faire les conventions « comme ils le jugent à propos »; si l'article 1383 défend de porter atteinte aux droits appartenant au mari en tant que chef de la communauté, les droits d'administration et de jouissance qui lui appartiennent sous la communauté ordinaire ne sont pas essentiels au régime, car il y a des régimes sous lesquels le mari ne les a pas, la séparation de biens et le régime dotal pour les paraphernaux. Il est donc permis sur ce point de modifier la règle légale et la femme peut dans le contrat de mariage se réserver l'administration et la jouissance de tous ses biens personnels en adoptant le régime de séparation de biens avec société d'acquêts. Un exemple de ces solutions nous est d'ailleurs fourni par le Code civil lui-même, dans l'article 1581 : « En se soumettant au régime dotal, les époux peuvent néanmoins stipuler une société d'acquêts, et les effets de cette société sont réglés comme il est dit aux articles 1498 et 1499. »

En ce cas, il y a disparition complète du droit de jouissance, les principes séparatistes l'emportent sur les principes communautaires. Les deux prérogatives attachées au droit de jouissance disparaissent aussi : le mari n'a plus la gestion des propres de sa femme et il ne dispose plus d'un droit de regard sur les aliénations; la femme peut librement disposer de ses propres dans un but égoïste, elle peut porter atteinte à l'intérêt de la famille en la privant de ressources peut-être indispensables à sa subsistance. Les biens personnels étant régis par les principes séparatistes, les règles applicables pour la contribution aux charges du ménage sont celles du régime de séparation de biens.

255. — Dans leur contrat de mariage, cependant, les futurs époux peuvent avoir l'intention de faire prévaloir à un moindre degré leur intérêt personnel sur l'intérêt de la famille. Chacun des époux ne se réserve l'administration et la jouissance que de certains biens personnels. Les patrimoines propres sont alors soumis à un régime hybride : certains biens sont régis par les règles séparatistes, les époux en ayant la libre administration et la jouissance, les autres sont gouvernés par les règles communautaires et, comme tels, soumis au droit de jouissance de la communauté. Cette convention matrimoniale est aussi licite que celle adoptant le régime de séparation de biens avec société d'acquêts car, là

(2) Cass. belg., 4 février 1804, *Pasicrisie belge*, 1804-I-121; Cass. belge, 3 juillet 1846, *Pasicrisie belge*, 1847-I-7; Dijon, 21 avril 1869, S. 1869-II-200; Trib. civ. Verviers, 1^{er} août 1883, *Pasicrisie belge*, 1884-III-69; Trib. civ. Bruxelles, 16 mai 1894, *Pasicrisie belge*, 1894-II-236; Cass. req., 25 janvier 1904, S. 1904-I-305, D. 1904-I-105; Cass. civ., 5 mai 1905, D. 1907-I-316, S. 1906-I-195; Trib. civ. Bruxelles, 24 mars 1926, *Pasicrisie belge*, 1926-III-52; Trib. civ. Marseille, 26 juillet 1927, *Journ. Not.*, 20 janvier 1928.

encore, il y a application pure et simple du principe général de la liberté des conventions matrimoniales (3).

256. — Même lorsque les époux sont mariés sous la communauté ordinaire, le droit de jouissance peut encore disparaître par la volonté d'un tiers qui donne ou lègue à la femme certains biens : il suffit que ce tiers insère dans la donation ou dans le testament une clause en vertu de laquelle la femme aura sur les biens à elle donnés ou légués les mêmes droits d'administration, de jouissance et de disposition que si elle était mariée sous un régime de séparation de biens.

257. — La validité d'une telle stipulation a été contestée en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (4) : dès lors que les époux sont soumis à un régime de communauté ou à un régime conférant au mari un droit de jouissance sur les biens appartenant à la femme, les tiers seraient tenus de respecter ce droit.

En réalité, il faut faire application ici des règles admises en matière de libéralités faites aux époux pendant le mariage, aussi bien au mari qu'à la femme, et qui se formulent ainsi : les personnes qui font des libéralités aux époux, durant le mariage, ne sont pas liées par les stipulations du régime matrimonial adopté dans le contrat ou par les règles du régime légal à défaut de contrat de mariage (art. 1401, al. 1).

Si les tiers ne sont pas obligés de respecter les règles du régime matrimonial quand ils font des libéralités aux époux, ce n'est pas par application du principe que les contrats ne produisent d'effets qu'entre les parties, car le régime matrimonial est un statut qui s'impose aux tiers comme aux époux. Mais le législateur a pensé que ce statut ne devait pas s'appliquer à des biens qui n'adviennent aux époux que par la libéralité d'un tiers, car ce serait peut-être arrêter son intention de libéralité (5). Le donateur aurait pu ne rien donner; en subordonnant sa donation à ce que les biens donnés tombent dans une masse différente de celle qui, d'après le contrat de mariage, devait comprendre les biens futurs, il ne cause aucun préjudice aux époux ni aux tiers (6). Il lui est donc permis de stipuler que les biens donnés seront propres alors qu'ils devraient

(3) LECOURTOIS et SURVILLE, T. III, p. 503; TROPLONG, T. I, p. 62; LAURENT, T. XXI, n° 5; HUC, T. IX, n° 24; GUILLOUARD, T. I, p. 83; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par NAST, p. 30; ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. V, § 504; Louis FEUVRIER, *De l'adjonction à la communauté des clauses tirées des autres régimes matrimoniaux*, thèse Rennes, 1914, pp. 154-158; Cass. req., 19 février 1865, D. 1865-I-431; Paris, 8 janvier 1890, D. 1890-II-74; Cass., ch. réun., 21 février 1894, D. 1894-I-294, S. 1898-I-393; Cass. civ., 13 novembre 1895, D. 1896-I-14.

(4) DELVINCOURT, *Cours de droit civil*, T. III, p. 239; BELLOT DES MINIÈRES, *Du contrat de mariage*, T. I, p. 300.

(5) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 149 et 309.

(6) COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 131.

être communs, ou paraphernaux alors qu'ils devraient être dotaux et cette exclusion peut être simplement tacite (7).

258. — Ce raisonnement conduit à admettre que le disposant peut aller jusqu'à enlever à la communauté l'administration et la jouissance des biens donnés ou légués pour les conférer à la femme (8). Cependant, si le principe est certain, son application soulève des difficultés lorsque la donataire ou la légataire est une héritière réservataire, car la jurisprudence n'admet pas l'efficacité de la stipulation en ce qu'elle porte sur la part réservataire du bénéficiaire du don ou du legs, pour cette raison que le disposant ne peut subordonner à une condition une acquisition qui ne s'opère qu'en vertu de la loi (9). Aussi, lorsqu'il s'agit de meubles devant tomber en communauté, le testateur ou le donateur ne peut les stipuler propres au donataire ou légataire que dans la mesure de la quotité disponible et il doit en être de même pour l'attribution du droit de jouissance.

On serait tenté d'objecter que, ce faisant, on fait jouer la réserve contre l'intérêt du réservataire. En effectuant la libéralité, le disposant n'avait nullement l'intention de dépouiller son héritier, mais, au contraire, entendait lui assurer le bénéfice exclusif de la libéralité à l'encontre de la communauté. Bien loin d'amoindrir la réserve, le disposant la fortifiait. Ce serait déplacer la question, car il ne s'agit pas d'apprécier ce que le disposant a voulu faire mais ce qu'il a pu faire. Par sa nature même, la réserve échappe à sa volonté; même s'il n'y avait pas eu de libéralité, les biens se seraient finalement trouvés dans le patrimoine de l'héritier. Aussi, les auteurs et la jurisprudence sont-ils d'accord pour admettre l'inefficacité de la clause lorsqu'elle porte sur la réserve (10), et il en est ainsi aussi bien pour l'entrée ou non des biens en communauté que pour l'attribution du droit de jouissance.

(7) Bastia, 26 février 1840, S. 1840-II-121; Cass. req., 10 novembre 1879, D. 1880-I-175; Cass. req., 19 avril 1904, D. 1905-I-78, S. 1905-I-81.

(8) TOULLIER, T. XII, n° 114; DURANTON, T. XIV, n° 135; DEMOLOMBE, T. II, n° 171, T. XIV, nos 327 et 328; TROPLONG, T. I, n° 68; RODIÈRE et PONT, T. I, n° 594; LAURENT, T. XXI, n° 75; GUILLOUARD, T. II, n° 762; PLANIOL et RIPERT, par NAST, T. VIII, p. 133; ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VIII, § 507, note 11; COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 378; Louis FEUVRIER, thèse préc., pp. 165-172; E. PINSON, « Donation à une femme mariée avec attribution du droit d'administration, de jouissance et de disposition du bien donné », *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27050; Paris, 27 janvier 1835, S. 1835-II-65; Nîmes, 13 juin 1840, S. 1841-II-11; Toulouse, 20 août 1840, S. 1841-II-114, et, sur pourvoi, Cass. req., 9 mai 1842, S. 1842-I-514; Paris, 5 mai 1846, S. 1846-II-149.

(9) Cass. civ., 6 mai 1885, D. 1885-I-369, S. 1885-I-289, note LABBÉ.

(10) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 310; AUBRY et RAU, § 507, note 20; MARCADÉ, sur l'article 1408, n° 8; RODIÈRE et PONT, T. I, n° 545; Cass. civ., 6 mai 1885, précité; *contra* : TOULLIER, T. XII, n° 114; DURANTON, T. XIV, n° 35.

259. — L'application de cette restriction ne soulève pas de problème lorsque la libéralité est constituée par un legs, car, lors du décès du testateur, moment où le legs prend effet, il est facile de déterminer si elle porte sur la quotité disponible ou sur la réserve. Mais la question est beaucoup plus délicate lorsqu'il s'agit d'une donation entre vifs, car, au jour de la donation, on ne peut savoir si l'imputation de la libéralité aura lieu sur la part réservataire ou sur la quotité disponible: on ne sera fixé que lorsque s'ouvrira la succession du donateur. Il se peut, en effet, que, lors de la donation, la quotité disponible soit déjà épuisée par d'autres libéralités, et, en admettant même que le donateur n'ait pas fait d'autres donations, la libéralité peut elle-même être sujette à réduction si elle dépasse la quotité disponible. Jusqu'à l'ouverture de la succession, à qui doit être attribué le droit de jouissance? Comment, dans cette période d'attente, régler les droits de la femme et ceux de la communauté?

260. — Selon M. Pinson (11), il faudrait faire une distinction. Tant qu'on n'est pas fixé sur le sort de la donation faite par l'ascendant, la donataire peut librement administrer les biens donnés sans que le chef de la communauté puisse s'y opposer; elle peut donc les louer et en percevoir les revenus. Mais il en est autrement du droit de disposition, car « si lors de l'ouverture de la succession du donateur, la liquidation faisait ressortir que les biens compris dans la donation font partie de la réserve du donataire, en les aliénant, celle-ci aurait dépassé les droits qui lui appartiennent, soit qu'il s'agisse de biens meubles, soit que ces biens soient des immeubles devant, en toute hypothèse, lui rester propres, sauf les droits d'administration et de jouissance du mari ». Si on n'adoptait pas cette solution, les tiers acquéreurs des biens pourraient être recherchés par le mari, pour lequel l'acte de disposition serait inopposable, à moins, toutefois, que les tiers ne puissent éventuellement se prévaloir de l'article 2279 du Code civil.

261. — Nous ne pouvons souscrire à cette opinion qui a le tort de créer une inaliénabilité alors que la loi y est généralement hostile. Même en dehors des cas où l'article 2279 peut jouer, on peut se demander si le tiers acquéreur ne pourrait pas résister victorieusement à la prétention du mari, en se fondant sur la théorie de l'apparence, car, au moment de la vente, la femme apparaissait comme l'unique propriétaire (12). Sans vouloir aller jusque-là, nous pensons que la situation du tiers acquéreur est la même que lorsqu'une donation faite à un non-réservataire porte

(11) PINSON, article préc., *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27050.

(12) Sur l'application de la théorie de l'apparence en droit privé, voir : JONESCO, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, thèse Strasbourg, 1927; LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, thèse Caen, 1931; GIRAUD, *L'apparence, source de responsabilité*, thèse Caen, 1937.

atteinte à la réserve, et les solutions à adopter doivent être identiques. L'idée de résolution de la donation aurait dû logiquement conduire à admettre qu'en cas d'aliénation des biens donnés, les réservataires pourraient reprendre les biens donnés entre les mains des acquéreurs, sauf l'application possible de l'article 2279 pour les meubles corporels. Le législateur n'a pas voulu accorder aux réservataires une protection aussi efficace, car la menace d'une action éventuelle des réservataires aurait fait obstacle à la libre circulation des biens donnés. Aussi, en principe, l'aliénation du bien donné entraîne une modification du mode de réduction : à la réduction en nature est substituée la réduction en valeur. Le donataire est redevable envers les réservataires de la valeur du bien donné. Ce n'est que si le donataire est insolvable que les réservataires pourront se retourner contre les sous-acquéreurs (art. 930, C. civ.).

La même solution doit être appliquée ici. Si le bien qui devait normalement faire partie de la communauté a été aliéné par la femme, celle-ci est redevable envers la communauté de la valeur du bien et l'acquéreur ne peut être poursuivi que si la femme est insolvable, et encore sous réserve de l'application éventuelle de l'article 2279. Si le bien donné était un immeuble, comme tel propre à la femme mais soumis au droit de jouissance de la communauté, il faut admettre que l'aliénation est valable, car la femme commune a le droit de disposer de la pleine propriété de ses propres. Le mari qui n'aurait pu s'opposer à l'aliénation, même si celle-ci était contraire à l'intérêt de la famille, ne pourra agir que si la femme est dans l'impossibilité d'indemniser la communauté du préjudice qu'elle lui a fait subir.

262. — L'introduction de principes séparatistes dans le régime de communauté a donc des répercussions différentes sur le droit de jouissance suivant les situations. Tantôt — et c'est le cas de l'exercice par la femme d'une profession séparée — il n'y a qu'une atténuation de ce droit dans la mesure nécessaire pour assurer le crédit de la femme. Tantôt, au contraire, de par la volonté des futurs époux ou d'un tiers donateur ou testateur, le droit de jouissance disparaît pour laisser la place aux libres pouvoirs de la femme.

On peut se demander si cette atténuation ou cette disparition du droit de jouissance ont des conséquences heureuses. Elles aboutissent à amoindrir ou à faire cesser le droit de regard du chef de la communauté sur les actes de son épouse; elles font prévaloir l'intérêt personnel des conjoints sur l'intérêt de la famille. Il eût mieux valu redonner au droit de jouissance son sens et sa portée véritables et, en abandonnant l'assimilation à un usufruit, accorder de larges pouvoirs à la femme sur son patrimoine personnel, à condition que ces pouvoirs soient exercés dans l'intérêt commun.

CHAPITRE II

LA PRESOMPTION DE COMMUNAUTE ET LES PRINCIPES SEPARATISTES

263. — Sous le régime de communauté fonctionnant à l'état pur, tel que nous l'avons étudié dans notre première partie, la présomption d'acquêts apparaît essentiellement comme un instrument technique au service des pouvoirs prépondérants du mari et comme une entrave certaine aux pouvoirs de la femme sur ses biens personnels, surtout lorsqu'ils sont mobiliers.

L'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté amène à poser le problème du sort de la présomption d'acquêts, aussi bien lorsque la femme possède l'administration et la jouissance de ses biens personnels que lorsqu'elle exerce une profession séparée.

Il a été soutenu que, dans ces deux cas, la présomption d'acquêts disparaissait ou, tout au moins, qu'elle changeait à tel point de sens et de portée, qu'elle ne pouvait plus constituer une entrave à l'exercice par la femme de sa capacité. Nous verrons qu'un tel point de vue ne peut être retenu et que, bien au contraire, la présomption d'acquêts, débordant les régimes communautaires, tend à apparaître sous les régimes séparatistes. Le principe de l'application de la présomption d'acquêts étant établi, il faudra ensuite nous demander si l'introduction de principes séparatistes dans le régime communautaire n'a cependant pas pour conséquence un affaiblissement de la force de cette présomption.

SECTION I

L'APPLICATION DE LA PRÉSUMPTION DE COMMUNAUTÉ

264. — L'intention des époux, en adoptant le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, est de conférer à la femme des pouvoirs d'administration et de disposition non seulement sur ses biens personnels mais aussi sur les revenus qu'elle peut en tirer, la société d'acquêts ne bénéficiant que des économies réalisées. Pour assurer efficacement l'existence de ces pouvoirs, en permettant à la femme d'agir sur ses biens personnels sans avoir, au préalable, à démontrer son droit de propriété, certaines juridictions inférieures (1) ont admis la possibilité de faire prévaloir les principes séparatistes et elles ont exclu la présomption d'acquêts. Ces tribunaux ne manquaient pas d'invoquer la prédominance du régime de séparation de biens et l'intention des futurs époux qui avait été d'accorder à la femme les pouvoirs les plus larges sur ses biens personnels. La Cour de cassation (2) a, cependant, toujours repoussé ce point de vue, car l'article 1581 du Code civil, relatif au régime dotal avec société d'acquêts, renvoie expressément à l'article 1499. D'ailleurs, même si le Code civil ne contenait pas ce texte formel, il faudrait encore admettre l'application de la présomption d'acquêts qui est inhérente à toute masse commune, si réduite soit-elle en étendue.

Sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, la présomption de communauté existe donc dès le début du mariage et non pas seulement pour les besoins de la liquidation; elle joue non seulement entre époux, mais aussi à l'égard des tiers. Les créanciers du mari ou de la société d'acquêts peuvent s'en prévaloir pour saisir l'ensemble des biens du ménage, et c'est à la femme d'apporter la preuve de son droit de propriété.

265. — Depuis la loi du 13 juillet 1907, l'application de la présomption de communauté aux biens réservés a toujours donné lieu à de vives controverses, car, sous le régime de communauté,

(1) Voir notamment le jugement du Trib. de Céret cassé par civ. 5 mai 1905, D. 1907-I-316.

(2) Cass. civ., 19 juin 1855, S. 1855-I-506; Cass. req., 3 mars 1902, S. 1902-I-397, D. 1904-I-188; Cass. civ., 5 mai 1905, préc.; Cass. civ., 2 mars 1914, D. 1917-I-187. En ce sens : PLANIOL et RIPERT, T. IX, par NAST, n° 1047; FRÉJAVILLE, « Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours de son mari », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 238, n° 24, et « Les répercussions de la capacité de la femme sur le régime de séparation de biens (ou dotal) avec société d'acquêts », J.C.P. 1944-I-397; André PONSARD, « La présomption de communauté », *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 401, n° 16; Jean FAUDAIS, *La séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Caen, 1949, pp. 68 et suiv.; Pierre DEPREZ, *Société d'acquêts ou participation aux acquêts sous un régime de séparation de biens*, thèse Lille, 1950, pp. 43 et suiv.; Rouen, 8 juillet 1950, J.C.P. 1951-IV-7, D. 1951, Somm., 2.

s'ils demeurent des biens communs, leur statut est modelé sur celui des biens personnels et est inspiré de principes séparatistes.

266. — La loi du 13 juillet 1907 avait consacré deux textes à la question: le premier, l'alinéa 5 de l'article premier de la loi, stipulait que « la validité des actes faits par le femme sera subordonnée à la seule justification faite par un acte de notoriété ou par tout autre moyen mentionné dans la convention qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari; la responsabilité des tiers avec lesquels elle a traité en leur fournissant cette justification n'est pas engagée ». Le deuxième texte était l'article 4 de la même loi: « En cas de contestation, la femme pourra tant vis-à-vis de son mari que vis-à-vis des tiers établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée, la consistance et provenance des biens réservés. »

Diverses opinions s'étaient manifestées au sujet du domaine d'application de ces textes. D'après certains auteurs (3), l'alinéa 5 de l'article premier prévoyait le cas où la femme passait un acte juridique avec un tiers. Elle avait seulement à justifier de l'exercice d'une profession séparée, mais non à prouver l'origine des biens. Les tiers n'avaient pas à craindre une responsabilité quelconque à l'égard du mari du moment qu'ils avaient la certitude que la femme exerçait une profession séparée. La loi établissait à leur égard une présomption absolue que les biens que la femme détenait constituaient des biens réservés. L'article 4 de la loi prévoyait toutes les autres contestations pouvant s'élever sur la validité des actes passés, comme la reprise des biens réservés par la femme renonçante. Elle devait alors établir par toute preuve de droit, même par témoin mais non par commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés.

Cette interprétation qui aboutissait à écarter la présomption de communauté en cas d'exercice par la femme d'une profession séparée ne fut pas acceptée par l'ensemble de la doctrine ni par la jurisprudence (4). La femme mariée étant en 1907 frappée d'une incapacité générale, la loi avait envisagé deux sortes de preuves: tout d'abord, il importait que la validité des actes de la femme ne soit pas mise en cause au nom de son incapacité. Pour cela, elle devait prouver qu'elle avait une profession distincte de celle de son mari, cette preuve libérant les tiers qui contractaient avec elle de toute responsabilité. A cet effet, l'article premier, alinéa 5, de la loi subordonnait la validité des actes accomplis à la justification par un acte de notoriété ou tout autre moyen mentionné dans la

(3) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 374; JOSSERAND, T. III, n° 182.

(4) Toulouse, 3 février 1938, G.P. 1938-I-659, S. 1938-II-114; Aix, 19 octobre 1943, J.C.P. 1944-II-2523, note E. BECQUÉ; BEUDANT, par LENOAN, T. X, n° 222; BARTIN, sur AUBRY et RAU, T. VII, § 500 bis, notes 22 et 25.

convention de l'exercice d'une profession séparée. Mais cette preuve n'était pas suffisante. Il lui fallait aussi prouver que les biens à propos desquels elle entendait passer un acte juridique étaient des biens réservés; l'article 4 disposait qu'en cas de contestation, tant vis-à-vis du mari que vis-à-vis des tiers, la consistance et la provenance des biens pouvait être établie par tous moyens, sauf la commune renommée.

267. — Lorsque la loi du 18 février 1938 supprima l'incapacité de la femme, elle abrogea la disposition de l'article premier, alinéa 5 : étant pleinement capable, la femme n'avait plus besoin d'apporter la preuve qu'elle se trouvait dans un cas de capacité où la validité de ses actes ne pouvait être contestée. La loi de 1938 laissa subsister l'article 4 qui l'obligeait à établir que les biens sur lesquels elle entendait agir étaient soumis à son administration et à sa jouissance.

268. — La loi du 22 septembre 1942, en abrogeant la loi de 1907, reprit le principe contenu dans l'article 4 pour l'insérer dans l'article 224 du Code civil. L'alinéa 3 de cet article décide que « l'origine et la consistance des biens réservés sont établis à l'égard des tiers et du mari par les modes de preuve du droit commun ». Cette dernière formule est de toute évidence reprise de celle que la loi du 29 avril 1924 avait introduite dans l'article 1499 relatif à la preuve des reprises de la femme sous le régime de la communauté.

269. — L'article 224, alinéa 3, semble donc maintenir l'application de la présomption d'acquêts en cas d'exercice par la femme d'une profession séparée. Mais, comme le remarque M. Boulanger (5), « la loi du 22 septembre 1942 n'a fait que déplacer la difficulté, en substituant à une formule trop vague, une formule énigmatique et peut-être même dénuée de toute espèce de signification. » Aussi M. le doyen Julliot de la Morandière estime-t-il que « les articles 1402 et 1499 établissent une présomption d'acquêts et non pas une présomption que le mari a des pouvoirs sur les acquêts » (6). Les deux choses vont de pair lorsque la femme n'exerce pas une profession séparée, mais, dans le cas contraire, la loi met sur un pied d'égalité le mari, chef de la communauté générale, et la femme exerçant une profession, chef de la communauté spéciale que constituent les biens réservés. « Ne peut-on pas prétendre que, si le mari doit être présumé chef de tous les biens communs, cette présomption tombe dès qu'il est démontré que la femme exerce une profession séparée ? La femme est chef des biens réservés comme le mari est chef des autres biens communs : ne

(5) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 604.

(6) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », J.C.P. 1943-I-304, n° 73. Dans le même sens : PAUL GÉRAUD, *L'étendue de la capacité civile de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Bordeaux, 1948, n° 235.

devrait-on pas en déduire que la femme sera présumée avoir les pouvoirs de chef sur tous les biens qui se trouvent, en fait, entre ses mains et, qu'en conséquence, ce sera à son mari ou aux tiers qui contestent l'origine professionnelle de tel ou tel bien qu'elle détient, de faire la preuve de leur prétention » (7).

Ainsi entendue, la présomption d'acquêts ne serait plus un obstacle aux pouvoirs de la femme sur les biens réservés. Bien au contraire, elle les faciliterait puisqu'une fois l'exercice d'une profession séparée démontré, la femme pourrait accomplir n'importe quel acte juridique sur les biens qui se trouvent en sa possession, sans avoir, au préalable, à démontrer la qualité de biens réservés. Cette thèse est donc intéressante en raison de l'efficacité qu'elle confère aux pouvoirs reconnus à la femme sur les biens réservés. Elle éviterait que les difficultés rencontrées dans l'application de la loi de 1907 et qui ont, en fait, anéanti les pouvoirs de la femme, ne se reproduisent.

270. — Elle ne peut cependant pas être retenue, car elle est contraire à l'esprit du régime de communauté (8). La présomption n'est pas seulement, en effet, un moyen technique de répartition des biens entre époux, elle est surtout un instrument technique au service des pouvoirs prépondérants du mari. Ce dernier aspect de la présomption était masqué tant que la femme était une incapable car celle-ci ne pouvait agir sans l'intervention du mari, intervention qui ôtait tout intérêt à la présomption d'acquêts. Avec la loi du 18 février 1938, la femme a acquis la possibilité d'accomplir seule des actes juridiques, mais à condition qu'ils soient effectués sur des biens soumis à ses pouvoirs. Le mari est toujours le chef de la communauté, sur celle-ci l'article 1421 lui donne tous pouvoirs, et la présomption de communauté est un instrument à son service, en lui permettant d'effectuer n'importe quel acte juridique sans avoir à démontrer que les biens sur lesquels il agit sont soumis à ses pouvoirs. En décider autrement constitue une atteinte au crédit du ménage, car c'est obliger les tiers, créanciers du mari ou de la communauté, à démontrer, avant toute saisie, non seulement le caractère commun des biens, mais aussi que ces biens sont soumis aux pouvoirs du mari.

Certes, les biens réservés font partie de la communauté, mais il ne faut pas oublier que leur statut est calqué sur celui des biens personnels. C'est d'ailleurs ce que décide expressément l'article 224, alinéa 2 : « Elle a sur les biens qui lui sont ainsi réservés les droits de disposition que la femme séparée de biens par contrat possède sur ses biens personnels. » Au surplus, la thèse de M. le doyen

(7) COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 376.

(8) FRÉJAVILLE, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 244, n° 32; André PONSARD, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 397, n° 12; DERRIDA, « Le manie-
ment des deniers par la femme commune en biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951,
p. 480, note 1.

Julliot de la Morandière n'est pas seulement sujette à controverse comme lui-même le déclare (9), elle se révèle aussi en contradiction formelle avec l'article 224, alinéa 3. Ce texte, en indiquant par quels modes de preuve sont établies l'origine et la consistance des biens réservés, implique bien que c'est à celui qui se prévaut du caractère des biens réservés d'en apporter la preuve.

271. Ainsi, aussi bien lorsque la femme exerce une profession que lorsqu'elle a l'administration et la jouissance de ses biens personnels, il faut admettre que la présomption d'acquêts subsiste en tant qu'instrument technique au service des pouvoirs prépondérants du mari et qu'elle oblige la femme à démontrer que les biens sur lesquels elle veut agir sont soumis à ses pouvoirs exclusifs. Faut-il dès lors en conclure que l'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté est insuffisante à permettre l'exercice par la femme de sa capacité et que la solution idéale consisterait à adopter comme régime de droit commun la séparation de biens pure et simple ? Nous ne le croyons pas, car la présomption d'acquêts déborde le champ des régimes communautaires pour trouver application sous les régimes séparatistes, ce qui en montre bien la nécessité. Sous tous les régimes, il faut, en effet, assurer le crédit du mari, car c'est lui qui doit pourvoir aux besoins du ménage en traitant avec des tiers.

272. — Le régime de séparation de biens n'assure plus la prépondérance du mari, mais place sur un pied d'égalité les deux époux, ce qui fait que la présomption n'a pas à s'appliquer à propos des acquisitions : les biens acquis par la femme sont sa propriété même si les deniers versés ne lui appartiennent pas (10). Mais, pour les créanciers du ménage, la présomption doit survivre si on ne veut pas miner le crédit du ménage. C'est d'ailleurs pourquoi, en cas de faillite du mari, le législateur a rétabli l'ancienne présomption mucienne. L'article 559 du Code de commerce (D. 20 mai 1955, art. 106) déclare, en effet, que « sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari. ont été payés de ses deniers, et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme à fournir la preuve du contraire ». Et, en ce qui concerne le mobilier, cette présomption ne tombe que devant la preuve contraire apportée dans les termes de l'article 1499. Le législateur a ainsi voulu empêcher un commerçant de placer sur la tête de sa femme les bénéfices qu'il fait dans la gestion de son commerce, afin de les faire échapper à l'action des créanciers en cas de faillite; aussi ne saurions-nous approuver les décisions de

(9) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, préc., J.C.P. 1943-I-304, n° 73.

(10) Cass. civ., 19 décembre 1871, D. 1872-I-77; Trib. civ. d'Orlon-Sainte-Marie, 31 mai 1943, J.C.P. 1944-II, éd. Not. 2556, note CLOS.

certaines juridictions inférieures qui ont tenté de réduire la portée de ce texte sous le régime de séparation de biens (11).

D'une manière plus générale, d'ailleurs, il faut noter la tendance de certains arrêts à introduire une présomption de propriété sous le régime de séparation de biens. C'est ainsi que la Cour de cassation, le 22 mars 1882 (12), a déclaré que « le mari, sous le régime dotal, même après la séparation de biens, peut être réputé possesseur et propriétaire du mobilier qui se trouve dans le domicile commun des époux ». Cette présomption se justifie par la nécessité d'assurer les pouvoirs du mari, dans l'intérêt du ménage et quel que soit le régime matrimonial adopté. D'autres arrêts (13), s'appuyant sur le principe d'égalité qui est à la base du régime de séparation de biens, décident qu'à défaut de preuve contraire, les créanciers de chacun des époux peuvent saisir la totalité des meubles du ménage. Certains auteurs (14) ont même été jusqu'à admettre une similitude entre la présomption de propriété du régime de séparation de biens et la présomption d'acquêts du régime de communauté.

Ainsi, aussi bien lorsque la femme exerce une profession séparée que lorsqu'elle a l'administration et la jouissance de ses biens personnels, la présomption d'acquêts s'applique. Dès lors, se pose le problème de savoir quelle en est la force, ce qui revient à rechercher si les principes séparatistes ne vont pas entraîner une facilité de la preuve contraire plus grande que sous le régime de communauté.

SECTION II

LA FORCE DE LA PRÉSUMPTION DE COMMUNAUTÉ

273. — Sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, la preuve contraire doit être administrée dans les mêmes conditions que sous le régime de communauté fonctionnant à l'état pur (15). Aussi bien à l'égard du mari qu'à l'égard des tiers, les solutions que nous avons dégagées dans notre première partie

(11) Douai, 25 janvier 1900, D. 1900-II-484; Orléans, 25 juin 1909, S. 1910-II-115; *contra* : Paris, 9 mai 1958, G.P. 25 juillet 1958.

(12) Cass. civ., 22 mars 1882, S. 1882-I-337; dans le même sens : Cass. civ., 28 octobre 1908, D. 1909-I-169, note CAPITANT; Paris, 22 février 1899, D. 1908-II-370, en sous-note.

(13) Rennes, 27 février 1923, G.P. 1923-II-35; Cass. req., 13 décembre 1943, S. 1944-I-109, note BATIFFOL.

(14) SAVATIER, *Lois nouvelles*, 1924-I-337, n° 70-71; GUILLOUARD, T. III, n° 1677.

(15) Cass. civ., 19 juin 1855, S. 1855-I-506; Cass. req., 3 mars 1902, S. 1902-I-397.

doivent être appliquées (16). Cette assimilation est impliquée par l'article 1581 du Code civil qui renvoie expressément à l'article 1499.

274. — En ce qui concerne le patrimoine réservé, les modes de preuve admissibles pour renverser la présomption de communauté étaient énumérés, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1907, par l'article 4 de cette loi : tant vis-à-vis du mari que vis-à-vis des tiers, la femme pouvait établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés (17).

Ce système était nettement plus libéral que celui admis, à la même époque, pour la preuve des biens propres. Cependant, la méfiance des hommes d'affaires anéantissait, en fait, ce que la loi du 13 juillet 1907 pouvait avoir de trop libéral. Il paraissait dangereux pour les tiers, spécialement pour les agents de change, de se fier à cette facilité extraordinaire qui aurait permis toutes les fraudes. Aussi demandaient-ils le plus souvent la signature du mari, ce qui aboutissait à rétablir indirectement l'autorisation maritale pour chaque acte que la femme mariée exerçant une profession séparée entendait accomplir (18).

La loi du 18 février 1938 abrogea la disposition de l'article premier, alinéa 5, mais laissa subsister l'article 4 de la loi de 1907. Ce fut la loi du 22 septembre 1942 qui, intégrant dans le Code civil la législation des biens réservés, substitua à l'article 4 le nouvel article 224 du Code civil, visiblement inspiré de la loi du 29 avril 1924. Aussi bien lorsque l'un des époux entend faire la preuve du caractère propre de ses biens que lorsque la femme entend agir sur ses biens réservés, le renversement de la présomption de communauté doit être effectué « suivant le droit commun. »

275. — La difficulté consiste à savoir si ce droit commun est le même dans les deux cas. Pour certains auteurs et quelques arrêts (19), le droit commun est le même, et c'est à celui des obligations que le législateur aurait entendu renvoyer. Pour les biens

(16) Voir *supra*, n°s 47 et suiv.

(17) Trib. civ. Seine, 20 décembre 1909, G.P. 1910-I-141, D. 1910-II-281; Trib. civ. Seine, 29 juillet 1910, G.P. 1910-II-531, D. 1912-II-65; Trib. civ. Toulouse, 19 décembre 1912; Rouen, 21 juillet 1913, D. 1915-II-41, note LALOU; Trib. civ. Toulouse, 3 février 1933, G.P. 1933-I-659.

(18) Cf. GUYON, *La femme mariée commerçante sous le régime de la loi du 13 juillet 1907*, thèse Paris, 1910, pp. 268 et suiv.

(19) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, sur COLIN et CAPITANT, T. III, n° 512, J.C.P. 1943-I-304, n° 73, et D.C. 1943, Chron., p. 15, col. 2; Raoul MICHENET, « La situation juridique de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942 », J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722, n° 63; Mme Marie VIÉ, *La situation juridique de la femme mariée exerçant une profession séparée*, thèse Toulouse, 1945, p. 67; Paul GÉRAUD, *op. cit.*, n° 234; LAURIOL, *La subrogation réelle*, thèse Alger, 1952, n° 398; Rouen, 8 juillet 1950, D. 1951, Somm., 2, J.C.P. 1951-IV-7; Bordeaux, 24 février 1953, *La Loi*, 3 juillet 1953, G.P. 1953-II, Tables, V° Communauté, n°s 12 et suiv.

personnels comme pour les biens réservés, le seul mode de preuve admissible serait un écrit, tout au moins si la valeur du bien en litige dépasse 5.000 francs. La loi de 1942 aurait ainsi aggravé la situation de la femme qui pouvait, jusque-là, faire la preuve du caractère réservé même par témoins. Il pourrait cependant être suppléé à la nécessité d'un écrit par un commencement de preuve par écrit, et la femme pourrait même en être dispensée dans les cas où elle n'aurait pas pu se ménager une preuve écrite.

Il ne semble cependant pas qu'on puisse assimiler le problème de la preuve des biens réservés au problème de la preuve des reprises (20). Pour les biens réservés, en effet, il s'agit d'attribuer une certaine qualité à des biens, non pas d'après la date ou le mode d'acquisition, mais d'après l'origine des fonds qui ont servi à leur acquisition. Parmi les acquisitions réalisées durant le mariage, il s'agit d'opérer une discrimination entre celles qui sont financées avec des deniers communs soumis aux pouvoirs du mari, et celles qui sont réalisées avec les produits du travail de la femme. Il est parfois possible à celle-ci de produire un acte écrit constatant l'acquisition et contenant une déclaration émanant d'elle sur l'origine des deniers qui ont servi au paiement, mais une telle déclaration ne peut suffire, car il est possible de douter de sa véracité. Là encore, le droit commun des obligations n'est d'aucun secours, car il enseigne qu'on ne peut se constituer de titre à soi-même.

276. — Il faut donc admettre que l'unification créée par le législateur entre l'article 1499 et l'article 224 est purement formelle : en raison du caractère différent des biens, le droit commun ne peut être le même. D'ailleurs, pratiquement, exiger un écrit de la femme pour prouver le caractère réservé des biens, aboutirait à paralyser les pouvoirs que le législateur lui a reconnus. Aussi, estimons-nous que l'article 224 consacre purement et simplement les solutions libérales contenues dans l'article 4 de la loi de 1907 (21) : la femme exerçant une profession séparée a la possibilité de prouver l'origine et la consistance des biens réservés par tous moyens de droit, même par témoins. Nous pensons, cependant, contrairement à l'opinion émise par M. de Juglart (22), devoir écarter la preuve par commune renommée en raison de son incertitude.

La solution que nous adoptons concilie parfaitement les intérêts de la femme, du mari et des créanciers de la communauté; elle est à mi-chemin entre une trop grande sévérité qui eût paralysé les pouvoirs de la femme et une trop grande facilité qui eût permis

(20) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 604, pp. 207-208.

(21) En ce sens : VOIRIN, D.C. 1943, L. 55, n° 26; ESMEIN, G.P. 1942-II, Doctr., p. 51, col. 2; André PONSARD, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 409, n° 25.

(22) DE JUGLART, préc., J.C.P. 1943-I-327.

de frustrer le mari et les créanciers du ménage. Elle paraît avoir été implicitement consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, en date du 16 février 1955 (23). En l'espèce, une femme ayant obtenu le divorce contre son mari, un litige s'était élevé entre les ex-époux au sujet d'un immeuble acquis par la femme qui exerçait une profession commerciale. La Cour de Paris avait admis que l'immeuble constituait un bien réservé comme acquis par la femme avec les produits de son travail; mais elle avait décidé que le mobilier le garnissant faisait partie de la communauté ordinaire, bien que la femme eût produit des factures, car celles-ci n'établissaient pas que les achats n'avaient pas été faits dans l'exercice du mandat domestique. La chambre civile cassa l'arrêt pour manque de base légale, car la Cour d'appel, au lieu de se contenter de simples affirmations, aurait dû tenir compte du fait que l'immeuble où se trouvait le mobilier, constituait lui-même un bien réservé, et « s'expliquer sur l'importance des revenus retirés par la dame Thérant de son commerce eu égard à la valeur des objets litigieux. » Par ces motifs, la Cour de cassation semble bien décider que de très larges moyens de preuves doivent être retenus, lorsqu'il s'agit de démontrer l'origine et la consistance des biens réservés, puisqu'en l'absence de valeur probante des factures, la Cour d'appel aurait dû confronter l'importance des revenus commerciaux avec la valeur du mobilier.

277. — En définitive, l'influence des principes séparatistes sur la présomption de communauté se révèle peu importante. Lorsque la femme commune en biens veut aliéner seule un de ses biens personnels dont elle s'est réservée l'administration et la jouissance, elle doit, au préalable, démontrer son droit de propriété et avec les mêmes modes de preuve que la femme commune en biens. Lorsqu'elle veut exercer ses pouvoirs sur les biens réservés, là encore, elle doit renverser la présomption d'acquêts, mais la preuve contraire lui est plus facile.

Cependant, il faut bien se garder de conclure à l'impossibilité d'assortir la capacité de la femme de pouvoirs effectifs, dès qu'existe une masse commune, si réduite soit-elle, puisque, nous l'avons vu, la présomption d'acquêts ou de propriété n'est pas spéciale aux régimes communautaires; elle se retrouve, à un moindre degré peut-être, sous le régime de séparation de biens.

Ayant ainsi dégagé les traits essentiels de l'influence des principes séparatistes sur les principes communautaires — atténuation ou disparition du droit de jouissance, maintien de la présomption d'acquêts — il est possible maintenant d'en étudier les répercussions dans les deux domaines essentiels où cette influence s'est manifestée, lorsque la femme a l'administration et la jouissance de ses biens personnels, et lorsqu'elle exerce une profession séparée.

(23) Cass. civ., 16 février 1955, *Bull. cass.*, 1955-I-71, J.C.P. 1955-II-8844, note Marc ANCEL.

TITRE PREMIER

LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR LES BIENS PERSONNELS DONT ELLE A L'ADMINISTRATION ET LA JOUISSANCE

278. — L'octroi à la femme commune en biens de l'administration et de la jouissance de ses biens personnels a pour but de lui accorder des pouvoirs que la communauté ordinaire ne peut lui octroyer. L'assimilation du droit de jouissance à un usufruit constitue une entrave certaine à l'exercice de sa capacité civile. Aussi certains auteurs se sont demandés si, en l'état actuel de notre droit matrimonial, l'amélioration de la condition juridique de la femme ne dépendait pas « de l'importance des emprunts que son régime matrimonial fait aux principes gouvernant les régimes de séparation d'intérêts » (1).

Pour nous, qui avons repoussé l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit, l'étude des pouvoirs de la femme sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts doit nous permettre de rechercher dans quelle mesure l'introduction de principes sépa-

(1) FRÉJAVILLE, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 237, n° 21.

ratistes sous le régime de communauté permet d'accorder à la femme des pouvoirs importants, mais compatibles avec le maintien de la prédominance maritale dans le ménage, nécessaire pour assurer la bonne marche de la société conjugale.

Pour cela, il faut passer successivement en revue les principaux actes juridiques que nécessite la gestion d'un patrimoine, en procédant suivant la distinction traditionnelle des actes juridiques en actes d'administration, actes de disposition et acquisitions.

CHAPITRE PREMIER

LES ACTES D'ADMINISTRATION

279. — Lorsque la femme commune en biens possède la jouissance de la totalité ou de partie de son patrimoine personnel, tous les pouvoirs d'administration sur ces biens doivent, en principe, se trouver concentrés entre ses mains, étant donné la disparition du droit de jouissance, dont les pouvoirs d'administration du mari n'étaient que le corollaire.

Mais l'existence d'une masse commune ne peut pas ne pas entraîner de nombreuses difficultés pratiques. Tout d'abord, la femme qui veut agir, se heurte à la présomption d'acquêts d'après laquelle tous les immeubles et tous les meubles sont réputés communs. Pour pouvoir administrer son patrimoine personnel, elle doit donc démontrer son droit de propriété; cet obstacle technique se révèle particulièrement important à propos du compte en banque personnel :

Les actes d'administration entraînent, en outre, un conflit important entre les principes communautaires et les principes séparatistes, au sujet des revenus qui ont leur origine dans l'administration du patrimoine propre de la femme. Ces revenus sont, de toute évidence, des biens communs, puisque l'article 1581 du Code civil renvoie expressément aux articles 1498 et 1499 du Code civil (1). Il importe, dès lors, de savoir dans quelle mesure les règles du régime de communauté et les règles du régime de séparation de biens doivent leur être appliquées. Si on applique les

(1) Cass. civ., 9 février 1897, S. 1897-I-165; *contra* : Cass. req., 17 novembre 1890, D. 1891-I-477.

règles communautaires, la femme doit les remettre immédiatement après leur perception au mari; mais n'aboutit-on pas ainsi à supprimer le droit de jouissance de la femme sur ses propres? A l'inverse, si on fait prédominer les principes séparatistes et si on accorde des pouvoirs étendus à la femme sur les revenus de son patrimoine propre, ne réduit-on pas considérablement les pouvoirs du mari sur la société d'acquêts? Là encore, doit être recherchée une solution qui satisfasse les intérêts de la femme sans nuire, pour autant, aux droits du chef de la communauté et des créanciers de celle-ci.

SECTION I

LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ D'ADMINISTRATION DE SES PROPRES PAR LA FEMME

280. — Les pouvoirs d'administration de la femme mariée, sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, sont, en principe, les mêmes que ceux qui appartiennent à la femme séparée de biens pure et simple, puisque toutes les deux ont la jouissance de leur patrimoine personnel.

Sous l'empire du Code civil de 1804, l'article 1536 stipulait que la femme séparée de biens conservait « l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses revenus. » Ce texte parlant de « libre » et d'« entière » administration, on considérait que les pouvoirs de la femme étaient plus étendus que ceux donnés au mineur émancipé par l'article 481, cet article n'envisageant que la « pure » administration (2). Aussi la femme pouvait-elle percevoir les fruits et revenus de ses propres, vendre les fruits et revenus qui étaient destinés à être vendus, accomplir tous les actes indispensables pour la culture des terres et la jouissance des biens, faire toutes les réparations nécessaires, passer des baux, recevoir les capitaux et en donner décharge.

Mais l'article 1538 lui interdisait d'effectuer des aliénations sans le consentement de son mari ou, à défaut, d'autorisation de justice. La distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition revêtait alors une très grande importance. Aussi y avait-il discussion pour certains actes qui se trouvaient être à la limite des actes d'administration, sans toutefois pouvoir être classés nécessairement dans la catégorie des actes de disposition. Ainsi en était-il notamment du placement des capitaux et de la conversion des titres nominatifs en titres au porteur.

(2) COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 608, p. 333.

La loi du 22 septembre 1942 a fait disparaître toute controverse et il faut admettre, désormais, que la femme mariée qui a la jouissance de ses biens personnels peut accomplir seule non seulement les actes d'administration qui lui étaient permis avant 1938, mais encore ceux pour lesquels il y avait doute. Elle peut donc convertir des titres nominatifs propres en titres au porteur, placer ses capitaux, comme passer seule des baux de plus de neuf ans, percevoir les revenus et manier l'argent qui a le caractère propre. L'exercice de ses pouvoirs d'administration peut même se trouver facilité par la faculté qui lui est donnée de se faire ouvrir un compte en banque personnel.

SECTION II

LE COMPTE EN BANQUE PERSONNEL

281. — Sous le régime de communauté fonctionnant à l'état pur, la femme mariée ne peut se faire ouvrir un compte en banque personnel; elle ne peut en avoir un que par représentation du mari, excepté si elle se fait autoriser par justice sur la base de l'article 217. Les droits d'administration du mari subsistent alors, en effet, dans leur intégralité, et les dépôts et retraits de fonds en banque constituent des opérations relevant de ses prérogatives (3).

Lorsque la femme commune en biens possède l'administration et la jouissance de certains biens personnels, outre les comptes ouverts par représentation du mari, elle peut se faire ouvrir un compte personnel. L'hypothèse est expressément prévue par l'article 222 du Code civil : « Lorsque la femme a l'administration et la jouissance de ses biens personnels..., elle peut se faire ouvrir un compte courant en son nom propre, dans les conditions prévues à l'article 1538. » La loi parle de l'administration et de la jouissance « de ses biens personnels », elle ne précise pas l'étendue des droits de la femme, mais il n'est certainement pas nécessaire qu'elle ait l'administration et la jouissance de tous ses biens personnels, il suffit qu'elle ait l'administration et la jouissance d'une partie (4).

282. — Pour obtenir l'ouverture de ce compte personnel, la femme commune en biens doit fournir les justifications qui sont exigées de toute femme mariée. Il faut qu'elle justifie qu'elle a des biens personnels soumis à son administration et à sa jouissance. Elle le fera ordinairement en produisant une expédition de son contrat de mariage, exceptionnellement par la présentation de

(3) Maurice BARLE, *Le banquier et la femme mariée*, thèse Alger, 1948, p. 53.

(4) Pierre MARIN, *La loi du 22 septembre 1942 et les rapports pécuniaires entre époux*, thèse Aix, 1943, p. 67.

l'acte de donation ou du testament qui lui ont octroyé l'administration et la jouissance de certains biens personnels. Il faut toutefois noter que la pratique et la jurisprudence se montrent très strictes pour cette justification. Un arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 1945 a admis qu'un acte de notoriété « portant que le contrat de mariage ne contenait aucune clause restrictive de la capacité de la femme, ni prescription d'emploi ou de emploi, ne saurait suppléer à l'expédition du contrat de mariage dont la vérification permet au dépositaire de dégager sans erreur sa responsabilité » (5).

283. — Il y a discussion, en doctrine, pour savoir si la banque est tenue de notifier au mari l'ouverture de ce compte. La loi du 1^{er} février 1943, dans son article 12, décide que « lorsque la femme n'a pas l'administration et la jouissance de ses biens personnels ou des biens réservés acquis par l'exercice d'une activité professionnelle séparée, ces comptes sont dispensés des formalités prévues par les alinéas 2 et 3 de l'article 221 »; une interprétation *a contrario* conduit certains auteurs (6) à exiger la notification au mari de l'ouverture du compte personnel. En édictant une telle mesure, le législateur aurait eu pour but de permettre au mari de surveiller davantage les fonds qu'il laisse entre les mains de la femme qui pourrait être tentée de les détourner à des fins personnelles. Une telle exigence nous paraît superflue (7). Il est certain que la loi du 1^{er} février 1943 n'a pas entendu restreindre les pouvoirs bancaires de la femme mariée mais, au contraire, les faciliter; avant cette loi, la notification au mari n'était exigée que pour les comptes ouverts par représentation et la loi nouvelle a simplement entendu abolir cette exigence. Une notification ne pourrait, d'ailleurs, donner au mari aucune garantie supplémentaire puisque, à propos de chaque versement, la femme est astreinte à apporter la preuve du caractère personnel des fonds.

284. — En effet, le compte un fois ouvert, la femme ne peut l'alimenter que si elle justifie, à chaque remise, que les fonds et valeurs qu'elle dépose, lui appartiennent personnellement et qu'elle a sur eux des pouvoirs de disposition. L'article 1538, auquel renvoie expressément l'article 222, parle de « fonds dont l'emploi lui est réservé. » Autrement dit, il va falloir que la femme, après avoir prouvé l'existence de biens et de ressources laissés à son administration, établisse la provenance de l'argent qu'elle veut déposer (8). A défaut de cette justification, les fonds, aux termes de l'article

(5) Cass. civ., 5 juin 1945, D. 1945-305, note RIPERT.

(6) Edouard DETRUX, *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de la communauté légale*, thèse Grenoble, 1950, pp. 252-253.

(7) En ce sens : Pierre MARIN, *op. cit.*, p. 68; Gilles DALIMIER, thèse préc., n° 399.

(8) FRÉJAVILLE, préc., J.C.P. 1943-I-373, nos 14 et 15; Gilles DALIMIER, *op. cit.*, n° 400 et suiv.

1499, seraient présumés communs et soumis, comme tels, aux pouvoirs du mari. Le banquier devrait alors, sous peine de voir sa responsabilité engagée, les verser au compte domestique. Sa responsabilité serait engagée non seulement à l'égard du mari, mais aussi à l'égard des tiers qui auraient traité avec la femme (9). Ceux-ci, en effet, se fondant sur l'existence d'un compte personnel, pourraient avoir traité de bonne foi avec la femme et, le mari venant réclamer les sommes versées, ils disposeraient d'une action contre le banquier, responsable de l'erreur commise. L'exigence, à chaque versement, d'une telle preuve réduit considérablement les pouvoirs de la femme et est une source de complications et de lenteurs.

Les justifications à fournir dépendent, en grande partie, des opérations que la femme entend effectuer. Les dépôts de sommes, soit en espèces, soit par chèques ou virements, seront très facilement admis s'ils sont le fait de tiers, car la provenance des fonds qui ne sont pas passés entre les mains de la femme est assez facile à prouver. Le banquier n'a alors à se préoccuper que de l'identité de la partie qui verse et de la cause juridique du paiement. Ainsi en est-il, par exemple, du prix de vente d'un propre versé directement au banquier par le notaire ou l'acquéreur avec justification du caractère propre du bien vendu.

Au contraire, lorsque le prix a été versé entre les mains de la femme, celle-ci éprouvera de nombreuses difficultés pour le mettre ultérieurement à son compte personnel. Elle devra établir alors que les deniers qu'elle verse au banquier sont identiquement les mêmes que ceux qu'elle a perçus de la vente de son bien (10) : les sommes d'argent qui sont entre ses mains sont présumées communes, la justification de la vente et du paiement ne peuvent renverser cette présomption car, entre-temps, la femme a pu très bien utiliser les deniers. La preuve de l'identité étant presque impossible à fournir, on peut dire que « toutes les fois que la femme aura, elle-même, entre ses mains, une somme d'argent soumise à son administration et à sa jouissance, elle ne pourra pas l'utiliser » (11). Il sera dès lors indispensable de faire intervenir le mari pour qu'il certifie le caractère propre des deniers.

En définitive, les comptes personnels ouverts à des femmes communes en biens ayant l'administration et la jouissance de certains biens personnels seront assez rares, en raison des difficultés de preuve rencontrées pour détruire la présomption de communauté. Les banques s'y mentrent, en général, hostiles et contribuent à faire frein aux réformes opérées par les lois de 1938 et de 1942.

(9) DERRIDA, « Le maniement des deniers par la femme commune en biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 481, note 1.

(10) Rouen, 8 juillet 1950, J.C.P. 1951-IV, p. 7, D. 1951, Somm., 2.

(11) DERRIDA, *préc.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 480, n° 35.

SECTION III

LES POUVOIRS DE LA FEMME SUR LES REVENUS
DE SES PROPRES

285. — De l'administration de ses biens personnels, la femme commune en biens tire un certain nombre de revenus. Ceux-ci peuvent être affectés à des dépenses personnelles, telles que celles nécessitées par l'entretien des immeubles propres, et une partie en est versée au mari pour assurer la contribution de la femme aux charges du ménage. Alors que, sous le régime de séparation de biens, le surplus constitue des biens personnels, la communauté, sous le régime de séparation de biens auquel est adjointe une société d'acquêts, a droit aux économies réalisées sur les revenus. La femme percevant elle-même les revenus, toute la difficulté consiste à savoir de quelle manière vont s'exercer les droits de la communauté.

Pour le mari, le problème ne se pose pas, puisque, tout en étant administrateur de son patrimoine personnel, il gère en même temps la communauté. Les règles qui régissent le fonctionnement de la communauté légale sont applicables et, en particulier, celles édictées par l'article 1421. Pour la femme, les difficultés sont importantes, car il y a conflit entre les principes séparatistes qui conduiraient à reconnaître à la femme de larges pouvoirs sur les revenus et les principes communautaires qui exigeraient la remise de tous les revenus au mari dès leur perception.

286. — Il arrive parfois que le contrat de mariage prévoyant le régime de séparation de biens avec société d'acquêts résout ces difficultés. Deux sortes de clauses sont possibles qui assurent la prédominance d'un des principes en conflit (12). Le contrat de mariage peut, tout d'abord, stipuler que la femme dispose de pouvoirs absolus sur les économies réalisées et qu'elle ne doit aucun compte de gestion au mari. En ce cas, les revenus ne sont soumis aux pouvoirs exclusifs du mari que lorsque la femme les met à sa disposition, le mari, ni les créanciers de la communauté ne pouvant obliger la femme à s'en dessaisir. Cette clause assure au maximum l'implantation des principes séparatistes sous le régime de communauté puisque la femme, si elle le désire, peut conserver les revenus jusqu'à la dissolution du mariage. Le régime adopté est alors très voisin du régime de participation aux acquêts, tel que le prévoyait le projet René Renoult.

A l'inverse, il peut être stipulé dans le contrat de mariage que la femme doit remettre au mari chaque année les économies réali-

(12) FRÉJAVILLE, « Les répercussions de la capacité de la femme sur le régime de séparation de biens (ou dotal) avec société d'acquêts », J.C.P. 1944-I-397, n° 3.

sées. En ce cas, les principes communautaires prédominent puisque le mari ou les créanciers de la communauté peuvent contraindre la femme à en effectuer le versement, de la même manière qu'ils peuvent exiger la remise de la part contributive aux charges du ménage. Il leur est même possible d'obliger la femme à justifier les dépenses qu'elle a engagées, car celles-ci tendent à réduire les biens de la communauté.

287. — Cependant, dans la plupart des contrats adoptant le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, aucune clause relative aux économies n'est stipulée. A plus forte raison en est-il de même, sous le régime de communauté, lorsqu'un acte de donation ou un testament attribuent à la femme l'administration et la jouissance de certains biens personnels. La doctrine est alors très divisée, les auteurs adoptant des solutions différentes suivant qu'ils entendent faire prévaloir les principes séparatistes ou les principes communautaires.

288. — La jurisprudence ne fournit, en effet, aucun principe de solution pour le régime de séparation de biens avec société d'acquêts. Il n'existe que peu d'arrêts qui s'inspirent tous de considérations de fait et aboutissent à des solutions contradictoires. Ainsi en est-il de deux arrêts de la Cour de cassation rendus à propos de la même affaire. Le premier est un arrêt de la chambre des requêtes du 17 novembre 1890 (13), rendu en matière d'enregistrement, qui permet à la femme d'utiliser librement les revenus de ses propres et même de procéder à des acquisitions avec des économies réalisées, acquisitions qui ont le caractère de propres. Le deuxième est un arrêt de la chambre civile du 9 février 1897 (14) qui interprète le même contrat de mariage, comme impliquant la chute en communauté des économies de la femme au fur et à mesure de leur réalisation, et qui déclare communes les acquisitions effectuées par la femme avec ces économies.

289. — Certains auteurs admettent que les principes communautaires doivent l'emporter sur les principes séparatistes (15). Si, en règle générale, les deux régimes doivent coexister à l'état d'égalité, il existe cependant des principes communautaires qu'on ne saurait méconnaître, dès qu'on accepte la formation d'une masse commune, même réduite.

L'emprise des principes communautaires ne doit cependant pas aller jusqu'à retirer tout pouvoir à la femme, en l'obligeant à

(13) Cass. req., 17 novembre 1890, D. 1891-I-477.

(14) Cass. civ., 9 février 1897, S. 1897-I-165. La contradiction entre les deux arrêts s'explique par des considérations de fait; les décisions attaquées n'ayant pas dénaturé le contrat, le rejet s'imposait dans les deux cas.

(15) MOISSINAC, *Essai sur la séparation de biens contractuelle*, thèse Paris, 1920, p. 124; PLANIOL et RIPERT, T. IX, par NAST, n° 1047; Michel HUMBERT, *La séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Paris, 1949, pp. 12 et 26; Pierre DEPREZ, *Société d'acquêts ou participation aux acquêts sous un régime de séparation de biens*, thèse Lille, 1950, pp. 53 et suiv.

remettre au chef de la communauté les revenus de ses propres dès leur perception et en ne lui concédant qu'un rôle de caissière. Sinon, il ne serait d'aucune utilité pour elle d'avoir l'administration et la jouissance de ses propres. La solution doit être trouvée dans une distinction entre les revenus proprement dits et les économies. Les revenus sont constitués par les ressources que procure chaque année la gestion d'un patrimoine, alors que les économies sont l'excédent des revenus sur les dépenses. Généralement, pour toute gestion, il y a un bilan qui se chiffre annuellement par des bénéfices ou économies. Ce sont donc ces économies qui doivent être remises au mari, et non pas les revenus eux-mêmes.

Tant que dure la gestion annuelle, la femme peut librement disposer des revenus qui sont tirés de son patrimoine personnel, sauf à en remettre immédiatement une partie au mari afin d'assurer la subsistance du ménage; elle peut les affecter à son entretien personnel, ainsi qu'aux réparations nécessitées par l'entretien de son patrimoine. Si elle est libre d'effectuer avec les revenus toutes les dépenses qu'elle juge indispensables, ses pouvoirs ne sont cependant pas absolus. En remettant au mari les économies réalisées, elle doit fournir un compte de gestion, établissant la réalité et l'utilité des dépenses engagées. Une telle justification est rendue nécessaire par le fait que, durant une année, la femme a eu entre les mains des biens communs que seules des considérations tirées de la gestion des patrimoines ont empêché d'être soumis aux pouvoirs exclusifs du chef de la communauté. D'ailleurs, si, à la fin de l'année, la femme refusait de remettre au mari les économies réalisées, celui-ci et les créanciers de la communauté disposeraient d'une action contre la femme, identique à celle qui leur est octroyée pour le versement de sa part contributoire aux charges du ménage.

290. — Cette solution a le mérite de protéger efficacement l'intérêt des créanciers communs, en ne permettant pas à la femme de dilapider les revenus de ses propres. Mais elle fait du régime de séparation de biens avec société d'acquêts une variante du régime de la communauté réduite aux acquêts, avec cette seule différence que la femme administre elle-même ses biens propres. Elle aboutit, en effet, à anéantir purement et simplement le droit de jouissance de la femme sur ses propres, ce droit se définissant comme « le fait de s'approprier les fruits et revenus d'un bien et d'en utiliser les avantages » (16).

291. — Aussi d'autres auteurs (17), s'appuyant sur les solutions dégagées par la jurisprudence pour le régime dotal avec société

(16) CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, V° Jouissance, p. 297.

(17) Jean MAURIN, *De la séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Dijon, 1925, p. 90; Marcel DELAYE, *La séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Grenoble, 1933, pp. 107 et suiv.; Jean FAUDAIS, *La séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Caen, 1949, pp. 30 et suiv.; FRÉJAVILLE, préc., J.C.P. 1944-I, éd. Not. 397, n° 5 et 6; note BOISTEL au D. 1897-II-137.

d'acquêts, font prévaloir les principes séparatistes. Sous ce régime, en effet, il est admis depuis longtemps que, la jouissance des biens dotaux étant remise au mari pour faire face aux dépenses du ménage, la femme peut employer, comme elle l'entend, les revenus de ses paraphernaux (18). Un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux reconnaît même que « la femme n'est comptable ni envers son mari, ni envers la société d'acquêts, de l'emploi de ses revenus paraphernaux, qu'elle ne peut non plus être recherchée au sujet de la consommation qu'elle en fait durant le mariage, en la forme qu'il lui plaît d'adopter, mais qu'à défaut de consommation ou d'emploi équivalent, ces revenus, sans individualité propre jusqu'à leur transformation, reçoivent par leur capitalisation l'empreinte du régime auquel ils sont soumis » (19). La femme peut ainsi utiliser à son gré les revenus de ses paraphernaux et ne doit aucun compte au mari; c'est seulement si elle les capitalise en achetant, par exemple, des immeubles que les revenus tombent dans la société d'acquêts.

L'application de ces principes au régime de séparation de biens avec société d'acquêts se fait aisément. Sous ce régime, il n'existe pas de biens dotaux dont les revenus soient destinés à assurer les charges du ménage mais, sur ses revenus personnels, la femme doit prélever une contribution qu'elle verse périodiquement au mari et qui a la même destination. A la jouissance des biens dotaux par le mari correspond donc le versement par la femme de sa contribution et l'excédent de ses revenus correspond aux revenus des biens paraphernaux. Le problème, se posant dans les mêmes termes que sous le régime dotal avec société d'acquêts, doit recevoir la même solution.

D'ailleurs, au moment de la formation de la communauté, cette dernière n'a qu'un droit éventuel et incertain sur les économies réalisées. Ce droit seul entre dans l'actif de la société et, tant que la femme ne s'est pas dessaisie de son droit de jouissance sur les revenus, soit volontairement, soit involontairement, en remettant au mari les sommes qu'elle a entre les mains ou en les transformant en des acquisitions qui lui font perdre son droit de libre disposition, ni le mari, ni les créanciers de la communauté ne disposent d'une action contre la femme; ils n'ont que l'espérance de voir les biens communs augmenter par la capitalisation des revenus (20).

La restitution à la femme de la pleine capacité civile doit normalement favoriser cette interprétation large des pouvoirs de la

(18) Riom, 31 janvier 1866, D. 1866-II-219.

(19) Bordeaux, 17 juillet 1895, D. 1897-II-137, note BOISTEL.

(20) Dijon, 21 avril 1869, S. 1869-II-200; FAUDAIS, *op. cit.*, p. 63; comp. MAURIN, *op. cit.*, p. 190.

femme sur les revenus de ses propres (21). D'après l'article 216, alinéa 2, l'exercice de sa capacité n'est limité que par le contrat de mariage ou la loi. Lorsqu'il y a doute sur le sens d'un régime, on doit l'interpréter de la manière la plus favorable à la capacité de la femme, puisque cette capacité est désormais la règle. En conséquence, lorsque le contrat de mariage fait appel à la fois aux principes séparatistes et aux principes communautaires, il est juste de faire prévaloir, en cas de doute, les principes séparatistes. Pour éviter toute difficulté, M. Fréjaville conseille d'ailleurs aux notaires d'insérer dans le contrat de mariage une clause d'après laquelle « la femme percevra librement les revenus de ses biens propres sans avoir à rendre compte au mari de leur utilisation, ni être tenue de verser l'excédent non dépensé, la femme étant seulement obligée de tenir compte à la communauté, au moment de sa dissolution, de l'accroissement de sa fortune provenant d'économies réalisées » (22).

Cette solution est la seule qui sauvegarde véritablement les intérêts de la femme. Elle facilite aussi la situation de la femme séparée de son mari, soit en raison des circonstances de guerre, soit pour toute autre cause : la femme pourra alors assurer son entretien personnel, sans être obligée de recourir à la justice pour obtenir le maniement des deniers nécessaires autres que ceux que peuvent lui procurer des actes de disposition de son patrimoine personnel.

Il ne faut pas oublier cependant qu'en raison de l'existence d'une société d'acquêts, subsiste la présomption de communauté qui pèse sur tous les capitaux qui se trouvent entre les mains de la femme. Aussi celle-ci éprouvera-t-elle de nombreuses difficultés à employer les revenus dont elle a le droit de disposer et les praticiens continueront d'exiger l'intervention du mari.

(21) FRÉJAVILLE, *préc.*, J.C.P. 1944-I, éd. Not. 397, n° 6.

(22) FRÉJAVILLE, *préc.*

CHAPITRE II

LES ACTES DE DISPOSITION ET LES ACQUISITIONS

292. — Sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, le conflit entre les principes séparatistes et les principes communautaires ne se manifeste pas seulement à propos des actes d'administration que la femme désire passer sur son patrimoine personnel, il existe aussi et surtout à propos des actes plus importants que sont les actes de disposition et les acquisitions.

D'un côté, les principes séparatistes tendent à permettre à la femme d'effectuer n'importe quel acte juridique sur son patrimoine personnel, de satisfaire ses intérêts propres, fût-ce au détriment de l'intérêt du ménage. Ils conduiraient à admettre une application pure et simple des règles qui gouvernent le régime de séparation de biens et à décider que le chef de la communauté conjugale ne dispose d'aucun contrôle sur les agissements de son épouse.

Une telle solution serait cependant en contradiction avec la volonté exprimée par les futurs époux dans leur contrat de mariage : en adjoignant à la séparation de biens une société d'acquêts, ils ont entendu que chaque conjoint, tout en conservant sa liberté personnelle, travaille finalement à assurer le bien commun. Aussi bien à propos des aliénations qu'à propos des acquisitions, les principes communautaires doivent donc corriger ce que pourrait avoir d'excessif une séparation d'intérêts.

SECTION I

LES ACTES DE DISPOSITION

293. — Les actes de disposition que la femme commune en biens est susceptible d'accomplir sur les biens laissés à son administration et à sa jouissance sont de deux ordres : les aliénations et les obligations. Chacune de ces catégories mérite une étude spéciale, en raison de la diversité des actes qu'elles renferment.

I. — Les aliénations.

294. — Sous le régime de la communauté légale, nous avons soutenu que le droit de jouissance de la communauté ne s'opposait pas à ce que la femme puisse aliéner seule la pleine propriété de ses biens personnels, car le droit de jouissance doit être interprété en fonction de la capacité de la femme mariée (1). Cependant nous avons montré que les pouvoirs de la femme ne pouvaient être absolus et que le mari, en tant que chef de la communauté conjugale, avait le droit de faire annuler les aliénations qui se révéleraient en contradiction avec l'intérêt supérieur de la famille.

Sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, la capacité de la femme doit avoir *a fortiori* pour conséquence la liberté de disposition. Un tel droit a cependant été contesté sous l'empire de la loi du 18 février 1938, car l'article 1538 subsistait dans sa teneur de 1804 et il stipulait que « dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari ou, à son refus, sans être autorisée par justice. » Faisant application de cette idée et voulant même dégager un principe général, le Tribunal civil de la Seine, le 24 novembre 1938 (2), jugea qu'une femme mariée sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts ne pouvait aliéner seule que la « nue-propriété » de ses immeubles personnels, car le mari « possédait, jusqu'à la dissolution de la communauté conjugale, sur une quote-part des revenus des biens propres de la femme un droit auquel il pouvait seul renoncer ».

Cette restriction à la capacité civile de la femme ne saurait être retenue. De quel droit, tout d'abord, le Tribunal civil de la Seine a-t-il pu réduire les prérogatives de la femme à la « nue-propriété » de ses propres, puisque tous les pouvoirs se trouvent concentrés entre ses mains ? De plus, tout au long de cette thèse, nous avons soutenu que le droit de jouissance n'était pas l'équi-

(1) Cf. *supra*, n° 30 et suiv.

(2) Trib. civ. Seine, chambre du conseil, 24 novembre 1938, *Rép. prat. not.*, 1939, art. 25375.

valent d'un usufruit : leur assimilation qui était déjà critiquable du temps de l'incapacité de la femme mariée, se révèle aujourd'hui en contradiction avec les principes de la réforme opérée par la loi du 22 septembre 1942. Enfin, le fait que les revenus des biens de la femme constituent des biens communs ne peut restreindre les pouvoirs d'aliénation de celle-ci. L'adoption du régime de séparation de biens avec société d'acquêts a pour effet de créer entre les époux une communauté d'intérêts beaucoup plus distendue que sous le régime légal, elle a pour but de faire prévaloir les intérêts égoïstes des conjoints sur l'intérêt de la famille.

Aussi croyons-nous qu'à la différence de ce que nous avons soutenu pour le régime de communauté fonctionnant à l'état pur, sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, le droit de disposition de la femme ne peut être entravé d'aucune manière (3). Le mari ne dispose d'aucun recours pour faire annuler les aliénations de la femme qui se révéleraient contraires à l'intérêt de la famille. Tel doit être, selon nous, le résultat de l'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté.

Ce point de vue a pourtant été contesté par M. Faudais (4). D'après cet auteur, il faudrait faire intervenir la théorie de la fraude qui reçoit une application si large sous le régime de la communauté légale. Nous ne pouvons souscrire à cette opinion qui aboutit à assimiler la femme qui a la jouissance de ses biens personnels à celle qui est mariée sous le régime de communauté fonctionnant à l'état pur.

295. — La femme mariée qui a la jouissance de ses biens propres possède donc un pouvoir absolu à l'effet d'en disposer. Ce droit absolu se manifeste non seulement à propos des aliénations à titre onéreux, mais aussi à propos des donations qui appauvrissent pourtant son patrimoine sans contrepartie. Il est désormais permis à la femme qui a la jouissance de ses propres de dilapider son patrimoine personnel, sans que le chef de la communauté dispose d'un recours. Certes, la femme pourra ainsi mettre en difficulté le ménage tout entier en le privant de ressources peut-être impor-

(3) Michel HUMBERT, *La séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Paris, 1949, p. 69; Pierre DEPREZ, *Société d'acquêts ou participation aux acquêts sous le régime de séparation de biens*, thèse Lille, 1950, p. 40; FRÉJAVILLE, « Les répercussions de la capacité de la femme sur le régime de séparation de biens (ou dotal) avec société d'acquêts », J.C.P. 1944-I, éd. Not. 397, n° 7; « Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours du mari », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 237, n° 23; DESPIERROIS, « Les pouvoirs de la femme mariée commune en biens à l'effet de vendre seule un bien propre et d'effectuer le remploi du prix », *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27088; RAISON, « Séparation de biens avec société d'acquêts; vente par la femme seule d'un immeuble lui appartenant », *Journ. Not. et Avoc.*, 1952, art. 43805.

(4) Jean FAUDAIS, *La séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Caen, 1949, p. 57.

tantes, mais cette solution est commandée par l'introduction de principes séparatistes.

296. — Mais, lorsque la femme procède à une aliénation à titre onéreux, les principes communautaires ne viennent-ils pas contrecarrer ses pouvoirs en l'empêchant de toucher le prix de vente ? Sous les régimes de la communauté légale et de la communauté réduite aux acquêts, les propres imparfaits, en raison de leur caractère fongible et consommable (5), tombent en communauté et la femme qui aliène un de ses propres ne peut en toucher le prix. A défaut de stipulation contraire dans le contrat de mariage, faut-il appliquer la théorie des propres imparfaits à la séparation de biens avec société d'acquêts ?

Au temps de l'incapacité de la femme mariée, un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 3 juin 1907 (6), confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1910 (7), avait décidé qu'« au point de vue de l'intention des parties, il y a lieu de tenir compte de la nature des choses fongibles d'une partie considérable des objets apportés; que la preuve que les parties ont bien entendu céder à la société d'acquêts tous les objets mobiliers en litige résulte de l'estimation de ces objets faite sans déclaration qu'elle ne vaut pas vente; que l'estimation faite en bloc dans le contrat ne permettait pas au moment de la dissolution d'établir l'identité des objets existants avec ceux apportés ».

Cet arrêt ne visait que les objets mobiliers estimés dans le contrat de mariage, mais les auteurs avaient généralisé et ils déclaraient que l'argent faisait obligatoirement partie de la société d'acquêts (8). Seul M. Maurin soutenait une opinion contraire (9).

En réalité, chacun des époux, gardant, sous ce régime, la jouissance de ses propres, conserve la propriété des choses consommables dont la propriété est inséparable de la jouissance. Et il en est de même des choses fongibles dont les époux gardent la possession et aucune question de restitution en nature ou par équivalent ne se pose. On peut donc dire que, malgré la stipulation d'une société d'acquêts, chacun des conjoints conserve la propriété et des droits de disposition sur tous les biens existant au moment du mariage; la même règle doit être appliquée aux deniers provenant de l'aliénation de biens personnels et qui sont propres par subrogation réelle. C'est là une des différences les plus importantes avec le régime de la communauté ordinaire. En conséquence, il faut admettre que la femme, ayant la jouissance de ses biens per-

(5) Voir JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consommabilité et la fongibilité », *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, pp. 75 et suiv.

(6) Rouen, 3 juin 1907, S. 1909-II-177, note DALEMBERT.

(7) Cass. civ., 30 juin 1910, S. 1910-I-258.

(8) PLANIOL, T. IX, n° 1296; MOISSINAC, *op. cit.*, p. 128.

(9) Jean MAURIN, *op. cit.*, pp. 38 et suiv.

sonnels, peut toucher seule le prix des aliénations qu'elle a consenties et en disposer en toute liberté (10).

II. — Les obligations.

297. — Le principe fondamental en la matière est celui de la séparation des intérêts des époux. Les dettes contractées par la femme ne sont en principe exécutoires que sur la pleine propriété de ses propres. Cette règle est de nature à soulever certaines difficultés lorsque, sous le régime de communauté, la femme possède certains biens soumis à son administration et à sa jouissance alors que les autres restent sous la dépendance du mari pour l'administration et la jouissance. Sur les premiers, les créanciers personnels de la femme ont un droit de poursuite quelle que soit la cause de la dette, alors que le mari peut s'opposer à la saisie des autres, en démontrant que la dette contractée est en contradiction avec l'intérêt supérieur de la famille. A l'intérieur d'un même patrimoine et pour une même dette, deux régimes distincts doivent donc être appliqués. Lorsque le chef de la communauté démontre le caractère frauduleux de la dette, les créanciers de la femme n'ont action que sur les biens dont la femme s'est réservée l'administration et la jouissance, à l'exclusion des autres.

Ces principes étant dégagés, il nous faut maintenant passer en revue les diverses catégories de dettes que peut contracter la femme, afin de montrer l'opposition qui existe entre les règles régissant la communauté ordinaire et celles qui sont applicables au régime de séparation de biens avec société d'acquêts.

298. — Les dettes contractées par la femme antérieurement au mariage lui restent personnelles et ne sont donc exécutoires que sur la pleine propriété de ses propres. Cependant M. Maurin (11) admet que les créanciers peuvent poursuivre le paiement des intérêts dont elles sont productrices à la fois sur le patrimoine de leur débitrice, sur la société et, par contre-coup, sur les propres du mari. Mais, pour qu'il en soit ainsi, la date de l'obligation doit être démontrée, puisque les dettes de la femme postérieures au mariage ne peuvent, en principe, engager la société d'acquêts, même pour le paiement de leurs intérêts. A notre avis, les règles édictées par l'article 1410 du Code civil, étant relatives à la communauté légale, ne peuvent recevoir ici application; la date certaine antérieure au mariage n'est donc pas requise et il suffit aux créanciers de la femme de démontrer d'une manière quelconque l'antériorité de la

(10) FRÉJAVILLE, préc., J.C.P. 1944-I-397, n° 7, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 237, n° 23; DESPIERROIS, préc., *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27088; Michel HUMBERT, *op. cit.*, p. 69; Pierre DEPREZ, *op. cit.*, p. 40; Jean FAUDAIS, *op. cit.*, p. 30; Cass. civ., 16 novembre 1864 (sol. impl.), S. 1865-I-31.

(11) Jean MAURIN, *op. cit.*, p. 191.

date pour pouvoir poursuivre sur les trois patrimoines du ménage le paiement des intérêts.

299. — Les dettes afférentes aux donations et successions recueillies par la femme lui restent propres et ne sont exécutoires que sur la pleine propriété de ses biens personnels. Il y a cependant, à ce sujet, discussion en doctrine, pour savoir si l'article 1417 ne devrait pas être appliqué. Ce texte prévoit l'hypothèse où le mari confond sans inventaire les biens meubles de la succession avec les biens meubles de la communauté. En ce cas, les créanciers de la succession peuvent poursuivre le paiement de leurs obligations sur les trois patrimoines du ménage. M. Michel Humbert (12), tout en repoussant, en la matière, le principe de l'application des règles communautaires, admet cependant que les créanciers de la succession peuvent poursuivre, « outre les biens personnels de la femme, ceux de la société ou du mari dont l'origine ne pourra être établie ». C'est oublier que la règle établie par l'article 1417 constitue une sanction à l'égard du mari qui ne remplit pas les fonctions d'administrateur que l'article 1428 met à sa charge. Ici il n'en est pas de même, puisque c'est la femme qui a l'administration de ses biens personnels. C'est donc à elle et à elle seule qu'incombe la charge de l'inventaire et ses créanciers ne peuvent rendre le mari responsable d'une négligence qu'il ne pouvait commettre. La même règle est d'ailleurs applicable lorsque la femme abandonne à son mari l'administration de ses propres. Celui-ci est alors un mandataire ordinaire et la femme doit supporter les fautes commises par lui, puisqu'il lui était loisible de reprendre à tout moment la gestion de ses intérêts personnels.

300. — Pour les autres dettes contractées par la femme au cours de l'union conjugale, les règles admises sous le régime de la communauté ordinaire sont applicables avec ce correctif que le mari ne dispose d'aucun moyen pour faire sanctionner la conformité de ces dettes avec l'intérêt de la famille. La femme qui ne dispose comme crédit que de la pleine propriété de ses propres, peut engager cependant la société d'acquêts et, par contrecoup, les biens du mari, lorsqu'elle se fait autoriser sur la base de l'article 217. De même, lorsque la dette contractée par la femme a procuré un enrichissement à la communauté, celle-ci est responsable dans la limite de son enrichissement.

SECTION II

LES ACQUISITIONS

301. — Les acquisitions que la femme mariée peut réaliser sont de deux sortes : des acquisitions à titre onéreux, à l'aide de capi-

(12) Michel HUMBERT, *op. cit.*, p. 83.

taux personnels ou même avec les revenus de ses propres, et des acquisitions à titre gratuit, par donation ou succession. Ces dernières soulèvent peu de difficultés : la femme, maîtresse de son patrimoine personnel, peut librement exercer l'option héréditaire. Si, sous le régime de la communauté ordinaire, il y a doute sur le droit de la femme à renoncer sans l'assentiment du mari, c'est parce que, ce faisant, elle prive la communauté de la jouissance de certains biens. Mais, sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, elle est titulaire de la jouissance et le mari ne dispose d'aucun recours contre la renonciation, il ne peut même pas la faire annuler si elle n'est inspirée que par des motifs contraires à l'intérêt de la famille.

Pouvant librement exercer l'option héréditaire, la femme peut aussi demander seule le partage et y procéder sans le concours de son mari. Sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, tous les biens recueillis par succession viennent, en effet, accroître l'actif propre de la femme et le chef de la société d'acquêts n'a aucun droit à faire protéger. L'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté va d'ailleurs grandement faciliter la tâche de la femme : disposant de capitaux propres, il lui sera facile de procéder seule à un partage avec soute, de payer les dettes héréditaires avant de procéder à ce partage. La seule difficulté que la femme risque de rencontrer consiste à prouver le caractère propre des deniers qu'elle entend utiliser. Enfin elle peut naturellement appréhender seule les biens qui doivent être soumis à son administration et à sa jouissance.

Lorsque certains biens de la succession sont soumis à l'administration et à la jouissance du mari — c'est ce qui se produit sous le régime de communauté lorsque la femme est héritière réservataire — les règles que nous avons dégagées dans notre première partie (13) sont applicables sauf, là encore, à reconnaître à la femme une plus grande facilité pour exercer sa capacité, en raison de la libre disposition de ses capitaux personnels.

302. — La femme commune en biens ordinaire pouvant procéder seule à des acquisitions à titre onéreux, *a fortiori* en est-il de même de celle qui a l'administration et la jouissance de certains biens personnels (14). Cette opération lui sera même plus facile qu'à la femme commune en biens ordinaire, puisqu'elle peut manier librement ses capitaux personnels. Pour payer son acquisition, elle peut d'ailleurs, au lieu de payer directement, engager ses biens personnels.

303. — Lorsque le vendeur se contente de l'engagement de la femme, celle-ci oblige la pleine propriété de tous ses biens per-

(13) Cf. I^{re} partie, titre II, sous-titre II.

(14) FRÉJAVILLE, préc., J.C.P. 1944-I-397, n° 8, et *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 237, n° 24; Jean FAUDAS, *op. cit.*, p. 45; Pierre DEPREZ, *op. cit.*, pp. 41 et suiv.

sonnels. M. Fréjaville (15) soutient qu'alors la femme ne peut engager que la « nue-propriété » des biens soumis à l'administration et à la jouissance du mari, mais cette solution n'est que la conséquence de l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit admise par cet auteur avec l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence contemporaines. Pour nous, le vendeur peut saisir la pleine propriété de tous les biens personnels de la femme, sauf au chef de la communauté à empêcher la saisie des biens soumis à son administration et à sa jouissance, en démontrant que l'acquisition n'est pas conforme à l'intérêt de la famille.

Mais la femme peut aussi procéder directement au paiement de ses acquisitions. Pour cela, elle peut employer ses capitaux propres, tels que ceux qui proviennent de l'aliénation antérieure d'un bien personnel et qui n'ont pas été réemployés. Elle peut aussi utiliser ses économies (16).

Pour payer valablement le vendeur, la femme doit démontrer le caractère propre des deniers qu'elle a en sa possession. Cette preuve lui sera assez facile si elle a pris la précaution de ne pas manier elle-même les deniers. Il en sera ainsi notamment si elle a fait verser à son compte en banque personnel l'argent provenant de l'aliénation d'un propre ou si elle délègue au vendeur le montant d'une créance propre. Au contraire, cette preuve lui sera presque impossible si elle a eu l'argent entre ses mains, car celui-ci peut facilement être confondu avec l'argent commun dont elle dispose en vertu de ses pouvoirs domestiques. Il ne lui suffira pas alors d'établir qu'elle a vendu un bien propre et qu'elle a encaissé le prix, elle devra démontrer que les deniers avec lesquels elle veut agir sont identiquement les mêmes que ceux qu'elle a perçus de la vente de son propre (17).

304. — Que la femme ait obligé ses biens personnels ou qu'elle ait payé le prix, la question la plus importante qui se pose au sujet des acquisitions à titre onéreux est de savoir quel va en être le sort. La société d'acquêts, stipulée accessoirement à la séparation de biens, se compose essentiellement, aux termes de l'article 1498 du Code civil, « des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux. » Le 21 mai 1873, la chambre civile de la Cour de

(15) FRÉJAVILLE, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 237, n° 24.

(16) Jean MAURIN, *op. cit.*, p. 90; Marcel DELAYE, *op. cit.*, pp. 107 et suiv.; Jean FAUDAS, *op. cit.*, pp. 30 et suiv.; FRÉJAVILLE, préc., J.C.P. 1944-I-397, n° 8, et *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, pp. 237-238, n° 24; *contra* : MOISSINAC, *op. cit.*, p. 124; Michel HUMBERT, *op. cit.*, p. 26; Pierre DEPREZ, *op. cit.*, pp. 53 et suiv.

(17) DERRIDA, « Le maniement des deniers par la femme commune en biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, pp. 480-481, n° 35.

cassation (18) a décidé, à propos du régime dotal avec société d'acquêts, que « les immeubles acquis à titre onéreux par la femme, même en son nom personnel, sont réputés acquets de communauté, à moins qu'il ne s'agisse d'acquisitions faites en remploi ou en emploi de deniers, soit dotaux soit paraphernaux. » Un arrêt de la cour de Bordeaux du 13 mai 1872 (19) avait déjà déclaré qu'au cas où une femme, mariée sous ce régime avec la faculté d'aliéner ses immeubles à charge de remploi, achète, avec l'assistance de son mari, un immeuble pour servir de remploi à l'un de ses propres aliéné et de ceux qu'elle aliénerait par la suite, cet immeuble est propre à la femme dans la proportion du propre aliéné qui a été payé au vendeur mais reste acquêt pour le surplus si, depuis son acquisition, il n'a été fait par la femme aucune aliénation dont le prix ait été consacré à désintéresser la communauté de son avance.

Cette jurisprudence a été étendue au régime de séparation de biens avec société d'acquêts par un arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1905 (20) qui a décidé que « si une société d'acquêts est adjointe au régime de séparation de biens, les immeubles acquis à titre onéreux par l'un des époux, même en son nom personnel, sont réputés acquêts. »

Il n'est pas douteux, en effet, que la société d'acquêts doive comprendre, en principe, toutes les acquisitions à titre onéreux faites par les époux durant le mariage. En adoptant un tel régime, les conjoints ont entendu mettre en commun non seulement les aléas, mais aussi tous les bénéfices qui peuvent être réalisés au cours de leur union. Il faut donc admettre que les principes séparatistes s'effacent ici devant les principes communautaires.

Le principe de l'entrée en communauté des acquisitions à titre onéreux s'applique ici dans toute sa rigueur. Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence n'avaient aucune hésitation au temps de l'incapacité de la femme. Les biens ainsi acquis entrent en communauté dès leur acquisition et sont immédiatement soumis aux pouvoirs exclusifs du mari. Suivant la formule de l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 13 mai 1872 (21) : « La société appréhende l'acquêt dès qu'il est constitué. » Aussi la Cour de cassation (22) a-t-elle admis la possibilité pour les créanciers du mari de saisir un immeuble acquis par la femme en son nom personnel sans déclaration de remploi. Cette jurisprudence était formellement approuvée par la doc-

(18) Cass. civ., 21 mai 1873, D. 1874-I-69.

(19) Bordeaux, 13 mai 1872, S. 1873-II-39.

(20) Cass. civ., 5 mai 1905, D. 1907-I-316, S. 1906-I-195.

(21) Bordeaux, 13 mai 1872, préc.

(22) Cass. req., 25 janvier 1904, S. 1904-I-305, note LYON-CAEN, D. 1904-I-105, note GUILLOUARD.

trine (23), qui la justifiait en disant que les créanciers de la communauté se trouveraient lésés s'il suffisait qu'un bien soit acquis au nom de la femme pour qu'il soit exclu de la société d'acquêts. Pour que le bien acquis ait la qualité de propre, la jurisprudence exigeait donc une application stricte des règles du remploi, telles qu'elles existent sous le régime de la communauté ordinaire (art. 1434 et 1435, C. civ.) (24).

305. — Aujourd'hui que la femme mariée a recouvré la pleine capacité civile, on est en droit de se demander si une telle exigence doit être maintenue ou si, au contraire, on ne doit pas décider que la femme peut procéder elle-même aux déclarations de remploi. Les formalités prévues par les articles 1434 et 1435 du Code civil étaient en corrélation étroite avec l'incapacité de la femme. Celle-ci ne pouvait disposer de ses capitaux propres ni acquérir sans le concours du mari. Pratiquement, la clause de séparation de biens n'avait pour effet que de lui remettre l'administration de ses propres.

Nous avons vu dans notre première partie (25) que les formalités édictées par les articles 1434 et 1435 constituaient de simples règles de preuve et non pas des règles de fond. La femme, ayant la capacité d'acquérir et les moyens de payer, peut donc aujourd'hui effectuer un remploi sans le concours du mari (26). Mais sa situation n'est pas comparable à celle du mari qui réalise un remploi pour son propre compte. Celui-ci, en effet, n'a pas à établir son droit de propriété sur les fonds qu'il utilise, il lui suffit de déclarer leur origine propre. Il ne saurait en être de même pour la femme, car tous les fonds qui se trouvent entre ses mains sont réputés communs et soumis comme tels aux pouvoirs exclusifs du mari. Selon l'excellente formule de M. Faudais (27), « le remploi est censé fait à l'égard de la femme, toutes les fois que, lors d'une acquisition, elle a justifié qu'elle était faite de ses deniers propres et déclaré qu'elle était faite pour lui tenir lieu de remploi ».

La situation de la femme mariée, sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, est pourtant supérieure à celle de la femme commune en biens ordinaire. Nous avons vu (28) qu'elle aussi pouvait effectuer seule le remploi d'un de ses propres en accomplissant des formalités comparables à celles prévues par

(23) Notes LYON-CAEN et GUILLOUARD, préc.; Jean MAURIN, *op. cit.*, pp. 75 et suiv.

(24) Cass. req., 24 novembre 1852, S. 1852-I-758; Cass. req., 25 janvier 1904, préc.; Cass. civ., 5 mai 1905, préc.

(25) N^{os} 165 et suiv.

(26) FRÉJAVILLE, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 239, n^o 26, et J.C.P. 1944-I-397, n^o 10; DERRIDA, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 483, n^o 38; Michel HUMBERT, *op. cit.*, pp. 31 et suiv.; Jean FAUDAIS, *op. cit.*, pp. 43 et suiv.; Pierre DEPREZ, *op. cit.*, pp. 41 et suiv.

(27) Jean FAUDAIS, *op. cit.*, p. 46.

(28) I^{re} partie, titre II, sous-titre I^{er}, chap. II.

l'article 1434; mais, pratiquement, comme elle ne peut manier des deniers, elle ne peut réaliser l'opération qu'à condition de déléguer au vendeur la créance du prix d'aliénation d'un de ses propres. Ici, au contraire, la femme peut, avant de réaliser le remploi, toucher le prix de vente d'un propre qui garde lui-même cette qualité; il lui suffit de se ménager la preuve de son droit de propriété. Si elle est assez prudente pour ne pas en prendre elle-même possession, elle peut l'affecter à l'acquisition d'un bien qui lui restera propre.

306. — Ces précautions étant prises, la femme peut certainement effectuer n'importe quel remploi, que celui-ci soit normal, qu'il soit par anticipation, ou, au contraire, *a posteriori*. On a cependant soutenu (29) qu'elle ne pouvait agir sans le concours de son mari pour réaliser un remploi par anticipation, car cette opération ne fait pas immédiatement un propre du bien acquis et n'est que conditionnelle (30). Si le prix est payé comptant, il devra être avancé par la communauté et même s'il est payable à terme, l'acquêt entrera en communauté; la femme ne saurait faire sortir un bien entré dans la société, même au prix d'une fiction de rétroactivité, sans porter atteinte aux pouvoirs du mari. La situation serait tout à fait comparable à celle de la femme légalement commune en biens à qui est échue une succession mobilière entrée en communauté; la jurisprudence admet qu'elle ne peut y renoncer sans appauvrir la communauté, malgré la rétroactivité de la condition (31); capable de le faire, elle en a perdu le pouvoir.

En réalité, pas plus que l'entrée provisoire en communauté des biens successoraux n'empêche la femme commune en biens de renoncer seule à une succession mobilière (32), pas plus ici on ne peut soutenir l'impossibilité pour la femme de procéder, sans le concours du mari, à un remploi par anticipation. Capable d'obliger ses biens personnels et d'acquérir, elle peut aussi bien payer comptant que s'engager à aliéner postérieurement un propre pour payer le remploi. Si elle n'a pas recours à des deniers communs, le mari n'a nullement à intervenir, puisqu'il lui est possible d'acquérir des biens qui, en vertu de l'article 1498 du Code civil, tombent en communauté. Cette entrée en communauté n'est d'ailleurs que provisoire en cas de remploi par anticipation et, si la femme vend un de ses propres, la rétroactivité de la condition joue et confère à l'acquisition le caractère de bien propre.

307. — Ne pourrait-on pas aller plus loin et admettre que, sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, la subro-

(29) Michel HUMBERT, *op. cit.*, p. 33.

(30) Cass. civ., 14 mai 1879, D. 1879-I-420; Cass. req., 12 avril 1910, D. 1910-I-478; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 673.

(31) Rouen, 12 septembre et 28 novembre 1944, D. 1945-I-196, note FRÉJAVILLE.

(32) *Supra*, n°s 182 et suiv.

gation réelle doit jouer de plein droit, toutes les fois qu'il résulte des circonstances de l'acquisition une certitude sur l'origine des fonds versés et sur l'intention de la femme d'acquérir pour elle-même ? M. Fréjaville le pense et préconise une modification en ce sens des solutions adoptées par la jurisprudence, antérieurement à 1938 (33). A l'appui de son opinion, cet auteur fait valoir que la solution antérieure se justifiait par l'incapacité de la femme et par la présomption de communauté. Il ajoute que la matière des biens réservés fournit déjà un exemple de subrogation réelle automatique, puisque tout bien acquis en remplacement d'un bien réservé prend à son tour cette qualité, sans qu'il y ait lieu de procéder à aucune formalité. On pourrait même ajouter que la jurisprudence moderne semble être en ce sens, puisqu'elle admet le fonctionnement du remploi entre époux sans l'accomplissement exprès de la double déclaration (34).

Si les formalités édictées en matière de remploi n'étaient que la conséquence de l'incapacité de la femme mariée, il ne fait pas de doute que la solution préconisée par M. Fréjaville devrait être adoptée. Mais elles sont, en réalité, indépendantes de cette incapacité et elles se justifient uniquement par l'existence d'une société d'acquêts.

Si on admettait que la subrogation réelle doit jouer de plein droit, les créanciers de la communauté risqueraient de voir les biens communs, qui constituent leur gage, diminuer considérablement, puisqu'il serait facile aux époux de simuler, *a posteriori*, la réalisation des conditions de la subrogation réelle lors de l'acquisition. Aucune preuve n'existerait permettant de confirmer ou, au contraire, d'infirmer leur prétention. Même entre époux, bien des contestations surgiraient à la dissolution de la société conjugale, le mari ou ses héritiers ayant intérêt à nier l'existence de la subrogation lorsque les biens auraient pris une grande plus-value (35), de manière à en faire profiter la société d'acquêts qui ne devrait indemniser la femme que du montant de ses dépenses. Comment celle-ci pourrait-elle prouver son intention d'effectuer un remploi ?

Enfin l'exemple des biens réservés ne peut être retenu. Loin de constituer une exception au principe de l'entrée en communauté de toutes les acquisitions, il en est une application, puisque les biens réservés sont des biens communs soumis comme tels à un partage par moitié lors de la dissolution du ménage, sauf en cas de renonciation par la femme. En cette hypothèse, il n'est qu'à considérer les difficultés rencontrées par la femme pour prouver l'origine des valeurs prétendues réservées, pour se rendre compte que les formalités exigées en matière de remploi constituent une

(33) FRÉJAVILLE, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 239, n° 27, et J.C.P. 1944-I-397, n° 9, 10 et 11.

(34) Voir notamment Cass. req., 11 mai 1931, S. 1932-I-41, note LYON-CAEN.

(35) Et il en sera souvent ainsi à notre époque de dépréciation monétaire.

mesure de sauvegarde non seulement des intérêts des tiers, mais aussi de la femme, en l'obligeant à se ménager la preuve de son droit de propriété.

Pour toutes ces raisons, nous croyons devoir repousser l'opinion de M. Fréjaiville et aussi la clause que M. Humbert (36) propose d'insérer dans les contrats de mariage et d'après laquelle les biens acquis par la femme de ses deniers personnels lui resteraient propres de plein droit, si elle ne manifestait pas son intention d'acquérir pour le compte de la société d'acquêts, soit dans l'acte d'acquisition, soit implicitement.

En définitive, il nous semble que si les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 doivent avoir une influence en matière de subrogation réelle, celle-ci doit être limitée à la reconnaissance à la femme de la possibilité d'accomplir elle-même les formalités du remploi, en prouvant le caractère propre des deniers servant à l'acquisition et en indiquant dans l'acte même d'acquisition son intention de réaliser un remploi.

308. — Lorsqu'on assimile le droit de jouissance à un usufruit, l'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté entraîne une augmentation certaine des pouvoirs de la femme mariée sur son patrimoine personnel. Au lieu d'un droit de disposition en « nue-propriété », la femme commune en biens possède un droit de disposition en « pleine-propriété »; elle peut aussi manier librement des deniers qui ont le caractère de propres, ce qui lui facilite l'exercice de ses pouvoirs d'administration et de disposition, que ces derniers soient à titre onéreux ou à titre gratuit.

Mais lorsqu'on redonne au droit de jouissance son sens et sa portée véritables, l'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté n'apparaît plus comme une solution heureuse, en raison de ses inconvénients certains.

La différence principale entre le régime de séparation de biens avec société d'acquêts et la communauté ordinaire réside alors en la remise à la femme de l'administration et de la jouissance de ses biens personnels. Une telle solution contredit les données de fait de toute union conjugale sans, pour autant, accorder à la femme une indépendance appréciable. Nous avons, au cours de cette étude, maintes fois insisté sur la nécessité pratique de confier la gestion de tous les patrimoines du ménage à une même personne, cette unité de gestion permettant seule de traduire sur le plan patrimonial l'union qui est à la base même du mariage. Laisser à la femme l'administration de ses biens personnels aboutit à créer une séparation d'intérêts, source de nombreuses difficultés qui entraînent son inefficacité pratique. Ainsi, tout d'abord, les pouvoirs d'administration de la femme se trouvent réduits par la

(36) Michel HUMBERT, *op. cit.*, pp. 37 et 38.

nécessité de verser au mari sa contribution aux charges du ménage, contribution qui soulève les mêmes problèmes juridiques que sous le régime de séparation de biens, aussi bien dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les créanciers du ménage.

Surtout, laisser à la femme l'administration de ses biens personnels n'empêche pas l'entrée dans la société d'acquêts des revenus des patrimoines propres, ce qui amène à poser le délicat problème de la détermination du moment où ces revenus doivent être remis au mari.

Aussi, dans la plupart des cas, la femme mariée sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts laisse au mari le soin de gérer son patrimoine personnel. Mais elle risque ainsi de perdre les garanties que le régime de séparation de biens avec société d'acquêts entendait lui accorder.

Une autre différence entre le régime que nous venons d'étudier et la communauté ordinaire réside dans le maniement des deniers. La femme mariée sous le régime légal ou sous le régime de la communauté réduite aux acquêts n'en a pas la possibilité car, sous ces régimes, tout l'argent est commun et, en tant que tel, soumis aux pouvoirs exclusifs du mari. La femme, sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts, dispose de deniers propres soumis à ses pouvoirs exclusifs et ses achats et ses paiements s'en trouvent grandement facilités. Mais une telle différence peut disparaître : il suffirait d'admettre, sous le régime de la communauté ordinaire, l'existence des pouvoirs correspondant à sa capacité. Cette solution est possible, à condition d'exiger d'elle, dans tous les cas, l'individualisation de l'argent qu'elle touche.

A la différence de la communauté ordinaire, le régime de séparation de biens avec société d'acquêts entraîne l'absence de contrôle du mari sur les agissements de son épouse. Nous ne croyons pas que cette règle mérite d'être retenue, car elle aboutit à créer l'anarchie dans le ménage, en ne soumettant pas l'intérêt personnel des conjoints à l'intérêt supérieur de la famille.

Il convient, enfin, de rappeler que l'existence d'une société d'acquêts entraîne le maintien de la présomption de communauté, en tant qu'instrument technique au service des pouvoirs du mari. La femme qui a l'administration et la jouissance de ses biens personnels doit donc démontrer son droit de propriété avant de pouvoir exercer ses prérogatives.

Aussi devons-nous conclure que le régime de séparation de biens avec société d'acquêts ne fournit pas de solution valable en vue d'une refonte du régime matrimonial de droit commun. Son étude n'aura cependant pas été inutile, puisqu'elle a montré que l'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté était une source de conflits incessants et ne permettait pas d'accroître réellement les pouvoirs de la femme mariée sur son patrimoine personnel.

TITRE II

LES POUVOIRS DE LA FEMME EXERÇANT UNE PROFESSION SEPARÉE

309. — L'introduction de principes séparatistes dans le régime de communauté se manifeste avec la plus grande intensité lorsque la femme exerce une profession séparée. Les nécessités du crédit, aussi bien que le désir de soustraire à l'action du mari les gains et salaires de la femme, ont fait écarter ce que les principes communautaires pouvaient avoir de trop rigoureux. Alors qu'ordinairement, la femme commune ne possède aucun pouvoir réel sur la communauté, qu'elle ne peut pratiquement disposer de ses propres sans l'intervention du mari qui atteste la conformité de l'acte passé à l'intérêt de la famille, celle qui exerce une profession séparée se voit reconnaître des pouvoirs réels, aussi bien sur son patrimoine personnel que sur les biens communs que sont les biens réservés. Elle est présumée agir pour la satisfaction des intérêts communs et le droit de regard du mari, que nous avons rencontré à propos de chaque acte passé sur les propres, disparaît pour faire place à un contrôle plus général, portant sur l'ensemble de la profession. Les biens réservés qui sont, pourtant, aux termes de l'article 226, alinéa 2, du Code civil, des biens communs, sont soumis aux pouvoirs exclusifs de la femme, avec absence de contrôle de la part du chef de la communauté, depuis la loi du 18 février 1938 qui a abrogé les dispositions de la loi du 13 juillet 1907, relatives au retrait, en cas d'abus, des pouvoirs de la femme. Contrôle atténué lorsqu'il s'agit des propres, absence de contrôle lorsqu'il s'agit des gains professionnels de la femme, ainsi peuvent être résumées, en une formule lapidaire, les conséquences de l'introduction des principes séparatistes.

Mais, tandis qu'on assistait, depuis le Code civil de 1804, à une implantation toujours plus importante des principes séparatistes, depuis 1942, le désir d'un retour en arrière se manifeste par les nombreuses critiques adressées par la doctrine à la conception des biens réservés, critiques qui trouvent leur aboutissement dans l'avant-projet de Code civil qui ne laisse à la femme que le droit de toucher ses gains et salaires et d'en disposer. Ainsi se trouve posé le problème de la conformité à l'intérêt de la famille des pouvoirs reconnus à la femme par les lois de 1907 et de 1942. L'étude que nous allons entreprendre est encore importante, non seulement en raison du nombre chaque jour plus grand des femmes qui sont obligées d'abandonner leur foyer pour trouver au dehors un salaire qui vienne compléter celui du chef de la famille, mais aussi car elle nous permettra de compléter la théorie que nous soutenons sur le droit de jouissance de la communauté.

310. — Mais, auparavant, il nous faut évoquer brièvement les conditions d'application des principes séparatistes, c'est-à-dire déterminer ce qu'il faut entendre par exercice d'une profession séparée. L'article premier de la loi du 13 juillet 1907 qui visait les produits du *travail personnel* de la femme, subordonnait le fonctionnement du nouveau régime à l'exercice d'une *profession distincte* de celle du mari et décidait que les dispositions de la nouvelle loi n'étaient pas applicables aux gains résultant du *travail commun des époux*. Ce texte n'était que la reproduction de l'article 5 du Code de commerce d'après lequel la femme « n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé ». L'esprit de ces textes a été repris par la loi du 22 septembre 1942 dans l'article 224 du Code civil : « *Lorsque la femme exerce une profession séparée de celle de son mari*, les biens acquis par l'exercice de son activité professionnelle sont, sous tous les régimes, réservés à son administration et à sa jouissance pendant la durée du mariage. »

La chambre civile de la Cour de cassation a interprété ces textes d'une manière restrictive, en considérant notamment comme absolue la présomption établie par l'article 5 du Code de commerce, en sorte que, dans aucun cas, la qualité de commerçante ne pouvait être attribuée à une femme qui coopérait au commerce de son mari, quelles que fussent la nature et l'importance du concours prêté par elle (1). Une certaine résistance s'est manifestée, à certains moments, parmi les Cours d'appel qui ont décidé que la

(1) Cass. civ., 27 mai 1851, D. 1851-I-172; Cass. civ., 27 janvier 1875, D. 1875-I-297, S. 1875-I-112; Cass. civ., 19 janvier 1881, D. 1882-I-63; Cass. civ., 10 mai 1882, D. 1883-I-112; Cass. civ., 11 août 1884, D. 1885-I-296, S. 1884-I-416; *adde* : Paris, 7 février 1835, S. 1835-II-512; Dijon, 22 décembre 1875, S. 1876-II-79; Montpellier, 5 mai 1906, D. 1906-II-217, note VALÉRY; Dijon, 26 juin 1925, D.P. 1926-II-6.

présomption établie par l'article 5 était susceptible de preuve contraire et pouvait être renversée, lorsque les circonstances indiquaient que c'était à la femme que revenait le rôle principal dans l'exploitation; cette résistance des Cours d'appel a été consacrée par certains arrêts de la chambre des requêtes de la Cour de cassation. Ainsi la Cour d'appel de Nîmes, le 18 décembre 1886, dans une espèce où une veuve avait continué le commerce de son mari et avait ensuite épousé un de ses employés, avait décidé que la femme, ayant dirigé seule la maison de commerce, était seule commerçante, étant donné que « le sieur D..., qui n'était qu'un commis du vivant du premier mari, est resté, en fait, dans les mêmes conditions après son mariage avec la veuve V... » et le pourvoi formé contre cette décision fut rejeté par la chambre des requêtes le 12 juillet 1887 (2). Cette jurisprudence ne devait cependant pas prévaloir et, dans ses décisions les plus récentes, la chambre civile de la Cour de cassation est restée fidèle au principe suivant lequel la femme ne peut être réputée commerçante que si elle exerce « un commerce séparé de celui du mari » (3).

En conséquence, il faut décider que l'introduction des principes séparatistes sous le régime de communauté ne se manifeste que si la femme exerce une profession distincte de celle de son mari. Lorsque le chef de la communauté est commerçant et que son épouse lui sert d'employée, lorsque la femme joue le rôle principal et que son mari a vis-à-vis d'elle un rôle d'auxiliaire, il ne peut y avoir constitution d'un patrimoine réservé et les articles 223 et suivants du Code civil ne s'appliquent pas. Cette sévérité se justifie par la nécessité d'assurer la sécurité des tiers, en raison de l'équivoque que la collaboration des époux laisse planer sur le rôle véritable joué par la femme.

Ayant ainsi déterminé les conditions d'application de la loi du 13 juillet 1907 dont les dispositions ont été abrogées mais reprises et adaptées par la loi du 22 septembre 1942, nous pouvons maintenant étudier les pouvoirs de la femme commune successivement sur ses biens personnels et sur les biens réservés.

(2) Nîmes, 18 décembre 1886, *Ann. dr. com.*, 1888, p. 1, et, sur pourvoi, Cass. req., 12 juillet 1887, S. 1887-I-384; Cass. req., 5 novembre 1900, S. 1901-I-463; Cass. req., 21 octobre 1901, D. 1901-I-527; Cass. req., 12 décembre 1933, D.H. 1934-118, S. 1934-I-94; Aix, 11 août 1906, D. 1906-V-9; Rouen, 11 novembre 1908, D. 1909-V-2; Rouen, 21 juillet 1913, D. 1915-II-41, note LALOU; Toulouse, 29 mai 1908, *Gaz. Trib. Midi*, 28 juin 1908.

(3) Cass. civ., 14 décembre 1938, J.C.P. 1939-II-956, observ. LAGARDE à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, p. 131; Cass. civ., 23 mai 1939, J.C.P. 1939-II-1234, observ. Mme BÉQUIGNON-LAGARDE à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1940, p. 59; Cass. civ., 20 décembre 1943, J.C.P. 1945-II-2796; *adde* : Cass. com., 17 juin 1958, J.C.P. 1958-IV-114.

CHAPITRE PREMIER

LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR SON PATRIMOINE PERSONNEL

311. — Depuis la loi du 22 septembre 1942, le législateur présume que la femme mariée qui entreprend l'exercice d'une profession séparée, a en vue l'intérêt commun; il ne l'oblige plus à solliciter, au préalable, l'autorisation du chef de la famille. Mais, si la femme ne cherche à satisfaire que des buts purement égoïstes, la loi reconnaît au mari le droit de faire opposition à l'exercice de la profession séparée, cette opposition pouvant, elle-même, être levée par justice. Les pouvoirs, sur ses biens personnels, de la femme commune en biens qui exerce une profession séparée dépendent donc de l'attitude du mari; ils varient suivant que la femme agit sans opposition du mari, malgré l'opposition du mari, ou avec l'autorisation de la justice.

SECTION I

LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR SON PATRIMOINE PERSONNEL EN CAS DE NON-OPPOSITION DU MARI A L'EXERCICE D'UNE PROFESSION SÉPARÉE

312. — Les pouvoirs sur son patrimoine personnel de la femme commune en biens qui exerce une profession commerciale soulè-

vent peu de difficultés, car ils résultent d'un texte clair, l'article 5 du Code de commerce. Il n'en est pas de même pour les professions non commerciales; l'article 225, alinéa 3, du Code civil étant mal rédigé, des controverses doctrinales ont surgi, certains auteurs assimilant les professions non commerciales aux professions commerciales, d'autres repoussant toute assimilation.

I. — Les pouvoirs de la femme exerçant une profession commerciale.

313. — D'après l'article 5 du Code de commerce : « La femme marchande publique s'oblige personnellement par les actes qu'elle fait pour les besoins de son commerce et oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. Les actes à titre onéreux par lesquels elle dispose de ses biens personnels pour les besoins de son commerce ont leur entier effet à l'égard des tiers et le mari ne peut opposer à ceux-ci les droits d'administration et de jouissance que le contrat de mariage lui donne sur les biens de sa femme. »

La femme mariée commerçante peut donc librement aliéner la pleine propriété de ses biens personnels pour les besoins de sa profession. Cette solution est commandée par la nécessité de disposer d'un crédit important. Aussi l'article 5 du Code de commerce ne fait-il que reproduire les dispositions antérieures à la loi de 1942. La seule innovation à signaler est que cette solution qui, jadis, était la conséquence de l'autorisation de faire le commerce donnée par le mari, en est aujourd'hui indépendante, puisque la femme peut, de sa propre initiative, entreprendre un commerce séparé; la règle formulée par l'article 5 du Code de commerce prend, dès lors, un caractère autonome (1).

314. — Pouvant aliéner seule la pleine propriété de ses biens personnels pour les besoins de sa profession commerciale, la femme peut toucher seule la totalité du prix de vente (2). C'est là le principal effet de l'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté, puisque la femme commune en biens ordinaire ne peut, elle-même, percevoir le prix de vente de ses propres. L'article 5 du Code de commerce ne se borne pas seulement, en effet, à donner à la femme la libre disposition de ses biens personnels, il l'autorise aussi à obliger la communauté et les biens du mari. Pour cette raison, doit être repoussée la discri-

(1) VOIRIN, « Portée et effets des actes par lesquels la femme commune en biens aliène ou engage ses propres sans que le mari intervienne pour renoncer aux droits de la communauté », J.C.P. 1943-I, éd. Not. 334, n° 16.

(2) FRÉJAVILLE, « Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours du mari », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 242, n° 30; EMMANUEL PERROT, *Les pouvoirs de la femme exerçant une profession séparée*, thèse Paris, 1945, p. 45.

mination à laquelle certains auteurs avaient pensé (3) : la femme aurait qualité pour encaisser le prix correspondant à la vente de l'usufruit, celui qui est la contrepartie de la nue-propriété ne pouvant être encaissé que par le mari. Cette distinction qui correspond à une définition fausse du droit de jouissance, méconnaît aussi le principe suivant lequel la totalité de l'argent provenant de l'aliénation du propre constitue un bien commun. Enfin, la solution « est nécessairement incluse dans le motif en vue duquel le pouvoir de vendre la pleine propriété est reconnu à la femme : pour les besoins de son commerce. Or, il s'agit de besoins d'argent. Si donc on refusait à la femme commerçante le pouvoir d'encaisser le prix et d'en disposer, on stériliserait la disposition légale » (4).

315. — Il se peut que la femme qui exerce une profession commerciale désire aliéner un de ses propres pour des besoins non professionnels. En ce cas, il faut faire application des règles que nous avons dégagées dans notre première partie et lui reconnaître la possibilité d'aliéner seule la pleine propriété de ses propres (5), sans pouvoir en toucher le prix, et à condition que cette aliénation ne soit pas contraire à l'intérêt de la famille.

La différence se révèle donc assez importante entre les pouvoirs de la femme qui exerce une profession commerciale et agit pour les besoins de sa profession et ceux de la femme commune en biens ordinaire. Cependant, il ne faut pas oublier que la femme mariée commerçante doit, pour pouvoir exercer les larges pouvoirs qui lui sont reconnus, non seulement démontrer son droit de propriété, mais aussi prouver que la vente a été consentie pour les besoins de sa profession. Une simple déclaration de sa part ne serait pas suffisante et, dans la majorité des cas, le tiers acquéreur sera enclin à demander une attestation du mari.

II. — Les pouvoirs de la femme exerçant une profession non commerciale.

316. — Lorsqu'il s'agit d'une profession non commerciale, les seuls textes susceptibles de déterminer les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel, sont les articles 225, alinéa 3, et 1426 du Code civil. S'ils posent tous les deux le principe de l'impossibilité pour la femme d'obliger la communauté et, par suite, la pleine propriété de ses propres (ceci pour les auteurs et la jurisprudence qui assimilent le droit de jouissance à un usufruit), ils admettent, cependant, un certain nombre d'exceptions et notamment en cas d'exercice par la femme d'une

(3) FRÉJAVILLE, *préc.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 242, n° 30; Emmanuel PERROT, *op. cit.*, p. 45.

(4) VOIRIN, *préc.*, J.C.P. 1943-I, éd. Not. 334, n° 17.

(5) *Contra* : FRÉJAVILLE, *préc.*; Emmanuel PERROT, *op. cit.*, p. 44.

activité professionnelle. Il semblerait donc que, chaque fois qu'elle exerce une profession séparée quelconque, la femme commune en biens engage la pleine propriété de ses propres, ses biens réservés, les biens communs ordinaires et, par contrecoup, les propres du mari.

317. — M. Voirin (6) affirme, cependant, qu'il est impossible d'étendre le régime établi pour les professions commerciales aux professions non commerciales. Pour cela, il réfute les arguments *a contrario* tirés des articles 225 et 1426, en montrant qu'on ne peut attribuer à ces textes une valeur intrinsèque. Ils n'auraient qu'une valeur de référence et la femme qui exerce une profession n'engagerait que la « nue-propriété » de ses biens personnels, en plus de la pleine propriété de ses biens réservés.

Cet auteur refuse, tout d'abord, d'attribuer une importance à l'interprétation littérale de l'article 225, car celle-ci conduirait à assimiler les dettes contractées dans l'intérêt du ménage et les dettes professionnelles. Or « les deux situations s'opposent, car la profession est l'affaire personnelle, individuelle de la femme, tandis que le ménage est le *modus vivendi* des deux époux collectivement » (7). L'article 225 ne peut donc pas être considéré comme assimilant ces deux sortes de dettes.

D'autre part, une interprétation littérale de l'article 225 conduirait à accorder plus de crédit à la femme non commerçante qu'à la femme commerçante. L'article 5, alinéa 1, du Code de commerce formule, en effet, une interprétation restrictive : ce n'est que sous le régime de communauté que la femme commerçante engage les biens de son mari. L'article 225, alinéa 3, ne reproduit pas cette restriction et semble donc permettre à la femme non commerçante d'obliger son mari, même lorsqu'elle n'est pas mariée sous un régime communautaire. En pratique, pourtant, l'exercice d'un commerce nécessite plus que toute autre profession un crédit important. Cette conséquence inattendue et irrationnelle condamne donc encore l'interprétation qui tend à faire de l'article 225 une règle autonome.

En vain, alléguerait-on, en faveur de l'argument *a contrario*, la rédaction de l'article 1426 du Code civil : cet article omet dans son énumération l'article 220 et il est tout aussi logique de penser qu'à travers l'article 225 auquel il se réfère, ce texte ne vise, en réalité, que l'article 220.

Enfin, s'il en était encore besoin, un argument d'ordre grammatical pourrait être invoqué. La formule de l'article 225 conserve la

(6) VOIRIN, préc., D.C. 1943, L. 50, et J.C.P. 1943-I-334, n° 16.

(7) VOIRIN, préc., J.C.P. 1943-I-334, n° 16.

construction grammaticale générale de l'ancien article 3, alinéa 3, de la loi du 13 juillet 1907. « Or, dans ce dernier texte, la mention des dettes du ménage n'avait d'autre valeur que celle d'une référence au droit commun du mandat tacite ou domestique; en l'absence de ce rappel, le droit commun eût été néanmoins applicable. On doit donc considérer que la mention des dettes professionnelles, accolée à celle des dettes du ménage, n'a pas elle-même une valeur différente; elle n'est qu'une référence ou un renvoi à l'article 5, alinéa 1, du Code de commerce, mais n'exprime pas une règle de droit autonome » (8).

En conséquence, les mots « besoins de sa profession », contenus dans l'article 225, signifient simplement « besoins de son commerce ». Si le texte emploie le mot profession, c'est parce qu'il figure dans un ensemble d'articles consacrés à l'exercice par la femme d'une activité professionnelle en général. Il existe déjà des précédents législatifs analogues : l'expression « la veuve » contenue dans l'article 1460 du Code civil a été considérée comme visant la femme divorcée (9).

Les pouvoirs de la femme commune en biens qui exerce une profession non commerciale doivent donc être déterminés en fonction des principes généraux qui régissent le régime de communauté. La femme ne peut pas engager, en plus de ses biens réservés, la pleine propriété de ses propres, elle est tenue de respecter l'usufruit de la communauté.

318. — Malgré l'abondance des arguments invoqués par M. Voirin, cette thèse n'a pas eu d'écho en doctrine; elle soulève, en effet, de nombreuses critiques. Tout d'abord, la différence de nature entre les deux sortes de dettes envisagées par l'article 225 ne constitue pas un obstacle à ce qu'elles soient soumises à un même régime juridique, celui-ci pouvant convenir à des situations différentes ou même opposées.

L'argument tiré de la pratique, suivant lequel la femme commerçante a besoin de plus de crédit que la femme non commerçante n'est vrai que partiellement, car, comme le remarque M. Julliot de la Morandière (10), « il se peut que pour l'exercice d'une profession non commerciale, d'une profession agricole ou libérale, la femme ait besoin de crédit comme la femme commerçante ». D'ailleurs, M. Voirin lui-même reconnaît que la solution

(8) VOIRIN, préc., J.C.P. 1943-I-334, n° 16.

(9) Cass. civ., 27 janvier 1931, D.P. 1931-I-65, note SAVATIER, S. 1932-I-297, note VIALLETON.

(10) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », J.C.P. 1943-I-304, n° 23.

qu'il adopte aboutit à donner à la femme un crédit insuffisant (11). Il avoue être tenté de défendre une autre interprétation qui permettrait à la femme commune, exerçant une profession non commerciale, d'engager la pleine propriété de ses propres, à défaut des biens communs et des biens du mari. Pour cela, il propose de relier l'article 225 non pas à l'alinéa 1 de l'article 5 du Code de commerce mais à l'alinéa 2 de ce texte. Finalement, il rejette cette solution, car lui-même la considère comme aventurée. On ne voit pas, en effet, quels motifs permettraient d'établir une liaison avec l'alinéa 2 de l'article 5 plutôt qu'avec l'alinéa 1 ou avec l'ensemble de cet article (12).

Il est d'ailleurs faux de dire qu'une interprétation littérale de l'article 225 conduirait à accorder à la femme non commerçante plus de crédit qu'à la femme commerçante. Ce texte ne dit pas seulement que « le mari » est obligé par les engagements que la femme contracte dans l'exercice de sa profession, il dit que « le mari et la communauté » sont engagés, ce qui semble bien impliquer l'hypothèse où le mari se trouve obligé du fait de la confusion qui existe entre ses biens et ceux de la communauté et non pas l'hypothèse où, par exemple, la femme est séparée de biens.

La critique dirigée contre l'argument *a contrario* de l'article 1426 n'a pas plus de valeur, car, si ce texte a voulu se référer à l'article 220 par l'intermédiaire de l'article 225, rien ne prouve que là se borne la référence (13). Il peut aussi bien être soutenu qu'il se rapporte à la fois aux dettes professionnelles et aux dettes du ménage. L'omission de l'article 220 dans l'article 1426 peut aussi s'expliquer autrement. Le législateur ayant consacré la théorie du mandat tacite adoptée par la jurisprudence antérieurement à 1942, il allait de soi que la communauté et le mari se trouvaient engagés par les dettes ménagères. Au contraire, il était nécessaire de le préciser pour les obligations professionnelles.

Enfin l'argument d'ordre grammatical se révèle finalement très faible, car, vouloir tirer d'une vague analogie entre les termes de deux lois différentes une analogie certaine de solutions, présente les mêmes défauts que ceux qu'on reproche à nos anciens jurisconsultes et notamment aux Bartolistes (14). Si on appliquait cette méthode d'interprétation à toutes les lois, on aboutirait à des déductions absolument contraires à la logique et à la pensée du législateur lui-même.

(11) VOIRIN, préc., J.C.P. 1943-I-334, n° 16-II, 3°.

(12) Edouard DETRUY, *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de la communauté légale*, thèse Grenoble, 1950, p. 238.

(13) André ROCHE, *Les répercussions de la loi du 22 septembre 1942 sur l'exercice d'une profession séparée par la femme mariée*, thèse Grenoble, 1944, p. 42.

(14) André ROCHE, *op. cit.*, p. 43.

Il est, en effet, douteux que les auteurs de la loi de 1942 aient entendu soumettre les pouvoirs de la femme exerçant une profession commerciale et ceux de la femme exerçant une profession non commerciale à deux régimes juridiques distincts, alors que, d'une manière générale, ils tendaient à unifier les règles concernant les deux professions (15). Ainsi l'article 4 du Code de commerce adopte désormais les mêmes règles que l'article 223, la femme qui désire exercer une profession séparée n'a plus besoin du consentement de son mari.

319. — En définitive, il doit être posé, en principe général, que la femme non commerçante, comme la femme commerçante, engage pour les besoins de sa profession la pleine propriété de ses biens personnels, les biens de la communauté et, par contre-coup, les propres du mari, en plus de ses biens réservés (16). Elle peut aussi toucher seule le prix de vente de ses biens personnels, à la différence de la femme commune en biens ordinaire. La loi du 22 septembre 1942 consacre donc l'accession progressive de l'épouse à la direction du ménage. Mais il ne peut en être ainsi qu'à la condition que l'activité professionnelle de la femme soit conforme à l'intérêt de la famille. En cas d'opposition du mari, les pouvoirs de la femme sur ses biens personnels doivent se trouver réduits ou même anéantis.

SECTION II

LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR SON PATRIMOINE PERSONNEL EN CAS D'OPPOSITION DU MARI A L'EXERCICE D'UNE PROFESSION SÉPARÉE

320. — Sous l'empire de la loi du 18 février 1938, l'article 216 du Code civil déclarait que « l'opposition valable du mari est une cause de nullité des engagements professionnels contractés par la femme ». Ce texte était d'une interprétation très difficile, en raison de son imprécision sur les conditions de la nullité. Trois

(15) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *préc.*, J.C.P. 1943-I-304, n° 23.

(16) Edouard DÉTRUY, *op. cit.*, p. 239; André ROCHE, *op. cit.*, p. 44; Maurice BARLE, *Le banquier et la femme mariée*, thèse Alger, 1948, p. 42; FRÉJAVILLE, *préc.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 240, note 1; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *préc.*, J.C.P. 1943-I-304, n° 23; Nancy, 24 juillet 1952, J.C.P. 1952-II-7195, note VOIRIN.

théories étaient soutenues. La plus grande partie de la doctrine décidait que la nullité prévue par l'article 216 était une nullité relative qui pouvait être invoquée par le mari, la femme ou leurs héritiers (17). Les partisans de ce système faisaient remarquer que, bien que la loi du 18 février 1938 ait accordé à la femme la pleine capacité civile, cette loi avait néanmoins prévu, dans l'article 215, alinéa 2, que la capacité pouvait être restreinte par le contrat de mariage ou par la loi; l'article 216 constituait justement l'un de ces cas. Or, avant 1938, la sanction des actes passés par la femme, au mépris de la volonté contraire du mari, était une nullité relative que seuls le mari, la femme ou leurs héritiers pouvaient invoquer. Cette solution devait donc être étendue, par analogie, au cas d'opposition du mari à l'exercice d'une profession séparée. Ces mêmes auteurs ajoutaient qu'admettre une nullité relative était logique, car cette sanction est édictée pour protéger des intérêts privés.

Les conséquences de cette théorie étaient importantes : la nullité prévue par l'article 216 se prescrivait par dix ans, ce délai de dix ans commençant au jour de la dissolution du mariage; elle ne pouvait être invoquée par les tiers qui avaient contracté avec la femme et ne pouvait disparaître par une confirmation émanant du mari seul. Ne s'agissant pas d'une simple inopposabilité au mari, il fallait que la ratification émanât pendant le mariage de la femme autorisée de son mari.

Le principal reproche qu'on pouvait faire à cette opinion était de transposer les solutions admises avant 1938, alors que les situations n'étaient pas les mêmes : l'article 216 n'avait pas pour but de protéger les intérêts personnels de la femme qui, capable, n'avait besoin d'aucune protection ni d'aucun conseil; il avait essentiellement pour objet, ainsi que cela ressortait du texte lui-même, de protéger « les intérêts de la famille et du ménage. »

Aussi, une autre partie de la doctrine soutenait-elle que la nullité prévue par l'article 216 était, non une nullité relative, mais une nullité absolue, d'ordre public, qui pouvait être invoquée par tout intéressé (18). Les partisans de cette théorie s'appuyaient notamment sur les déclarations de M. Perrot au Sénat où il était affirmé qu'à la nullité prévue par l'article 216 s'appliquait la prescription trentenaire. Ils déclaraient aussi que le législateur, par l'importance même qu'il attribuait à la protection de la famille, montrait qu'il considérait la nullité comme d'ordre public

(17) Pour un exposé plus détaillé de cette théorie, voir Etienne DARROUZET, *L'exercice d'une profession par la femme mariée*, thèse Paris, 1940, pp. 95 et suiv.

(18) Voir notamment Robert AYNÈS, *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse Paris, 1939, pp. 89 et suiv.

et qu'elle devait en conséquence être sanctionnée par une nullité absolue. Au surplus, l'exercice d'une activité professionnelle par la femme au mépris de l'opposition maritale a quelque chose d'immoral, et la jurisprudence a toujours considéré que les actes faits en vue de l'exercice d'une activité immorale étaient nuls et d'une nullité absolue. En conséquence, l'acte passé par la femme sur ses biens personnels ou ses biens réservés, au mépris du veto marital, n'était susceptible d'aucune confirmation ou ratification, et la nullité qui se prescrivait par trente ans, pouvait être invoquée par tout intéressé, y compris la femme ou le tiers complice.

Une troisième théorie était soutenue par M. Voirin (19), pour lequel la nullité des actes passés par la femme contre la volonté du mari revêtait un caractère spécial en raison de son but; l'opposition ne pouvait avoir lieu que dans l'intérêt de la famille et la nullité qui en était la sanction devait revêtir le même caractère. La nullité ne pouvait être invoquée que par le mari, gardien de l'intérêt de la famille. Il eût été illogique d'en accorder l'action à la femme puisque la nullité était dirigée contre elle pour l'empêcher de porter atteinte à la prospérité familiale. Il résultait de cette opinion que, tant que l'acte n'avait pas été annulé à la demande du mari, il demeurerait valable et la femme, mise en demeure d'exécuter son engagement, ne pouvait pas invoquer l'exception de nullité; la qualité de chef de famille étant personnelle au mari, lui seul, à l'exclusion de ses créanciers et de ses héritiers, pouvait intenter l'action en nullité; la ratification de l'acte par le mari suffisait à le valider définitivement; enfin, le délai de dix ans prévu par l'article 1304 du Code civil pour la prescription de l'action en nullité partait du jour où le mari avait eu connaissance de l'acte.

321. — Etant donné les incertitudes résultant de la loi de 1938, on eût pu penser que le législateur de 1942, en assimilant sur ce point les professions commerciales aux autres professions, aurait repris la question dans son ensemble et donné un texte précis. Il n'en a pourtant rien été et le nouvel article 223, alinéa 2, a donné lieu à de nombreuses controverses. Il est ainsi rédigé : « Les engagements pris par la femme dans l'exercice de cette profession *sont nuls à l'égard du mari* si les tiers avec lesquels elle contracte ont personnellement connaissance de l'opposition au moment où ils traitent avec l'épouse. »

La plus grande partie de la doctrine estime que désormais la seule conception admissible est celle qui donne comme effet au veto de rendre les actes passés par la femme inopposables au mari, mais, pour d'autres auteurs, l'article 223, alinéa 2, édicte une nullité qui ne peut être demandée que par le mari.

(19) VOIRIN, « Notes parlementaires » à la *Rev. trim. dr. civ.*, 1938, pp. 341 et suiv.

I — La théorie de l'inopposabilité.

322. — La théorie de l'inopposabilité a été préconisée par M. le doyen Julliot de la Morandière (20) qui écrit que « l'opposition du mari à l'exercice par sa femme d'une profession ne rend par celle-ci incapable de contracter. Ce veto manifeste seulement que les obligations assumées ne sont pas conformes aux intérêts familiaux; par suite, les actes de la femme sont inopposables à la communauté et au mari. La loi nous dit "nuls à l'égard du mari", c'est-à-dire valables à l'égard de la femme, inefficaces à l'égard du mari. En conséquence, les engagements professionnels contractés avec des tiers, ayant eu personnellement connaissance de l'opposition, ne donnent pas action ni sur les biens communs, ni sur les biens du mari. Toutefois, *la femme demeure, elle, engagée sur ses biens réservés et sur la nue-propriété de ses propres*. Sur le terrain du droit privé, ses actes, quoique inopposables au mari, n'en sont pas moins valables. »

323. — En faveur de cette opinion, les auteurs font valoir que l'un des buts principaux de la loi de 1942 a été la suppression des vestiges de l'ancienne incapacité de la femme mariée. L'opposition du mari ne peut donc pas rendre la femme incapable de contracter, elle manifeste seulement que ses actes sont en contradiction avec l'intérêt de la famille. Pour que celui-ci soit sauvegardé et que les actes de la femme ne portent pas atteinte à l'intégrité des biens affectés à la subsistance du ménage, il faut et il suffit que la femme ne puisse engager la communauté dans laquelle se trouve la jouissance de ses propres, ni les biens du mari. Peu importe

(20) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, préc., J.C.P. 1943-I-304, n° 25, et D.C. 1943, Chron., p. 16; dans le même sens : CHAUEAU, *Le statut de la femme mariée depuis les lois du 22 septembre 1942 et du 1^{er} février 1943*, n° 55; VOIRIN, D.C. 1943-IV-54, n° 25; DE JUGLART, préc., J.C.P. 1943-I-327, n° 46; RIPERT, « La femme mariée commerçante et la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. gén. dr. com.*, 1943, pp. 186 et suiv., n° 6; Raoul MICHENET, préc., J.C.P. 1948-I, éd. Not. 706, n° 29 et 30; André ROCHE, *Les répercussions de la loi du 22 septembre 1942 sur l'exercice d'une profession séparée par la femme*, thèse Grenoble, 1944, pp. 24 et suiv.; Roger MARTINOT, *L'opposition du mari à l'exercice par sa femme d'une profession séparée*, thèse Strasbourg, 1945, pp. 59 et suiv.; Emmanuel PERROT, *op. cit.*, pp. 16 et suiv.; Mme Marie VIÉ, *op. cit.*, p. 33; Jean-André VINCENT, *Des incidences de la loi du 22 septembre 1942 sur la condition juridique de la femme mariée*, thèse Montpellier, 1946; Charles CALPOUZOS, *La femme commerçante en droit hellénique et en comparaison avec le droit français*, thèse Paris, 1947, p. 42; Pierre GAUTHIER, *La notion actuelle du mari chef de la famille*, thèse Aix-Marseille, 1947, p. 29; Pierre SAVINAUD, *Le chef de famille*, thèse Paris, 1948, p. 147, n° 222; Maurice BARLE, *Le banquier et la femme mariée*, thèse Alger, 1948, p. 47; Yves DELETRÉ, *Le pouvoir propre de la femme sur les biens communs et l'équilibre du régime de communauté*, thèse Lille, 1948, pp. 39 et suiv.; Paul GÉRAUD, *L'étendue de la capacité civile de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Bordeaux, 1948, n° 198; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 497, p. 174; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 57, pp. 41-42; PLANIOL et RIPERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 411.

qu'elle continue à obliger les biens dont elle a seule la disposition, « nue-propriété » de ses biens personnels et pleine propriété de ses biens réservés, puisqu'en dehors de toute activité professionnelle, ces actes lui sont permis.

Le terme « nuls » employé par l'article 223 est impropre et il eût mieux valu parler d'inopposabilité au mari et à la communauté. La femme mariée, en effet, reste commerçante et se trouve assujettie à toutes les obligations des commerçants et principalement à la faillite (21). Sans doute, l'opposition du mari qui, depuis le décret du 9 août 1953, doit être mentionnée sur le registre du commerce pour être opposable aux tiers, l'empêchera de profiter des prérogatives qui sont attachées à la qualité de commerçante et qui dérivent du droit réglementaire et professionnel, telles que la participation aux organisations corporatives, l'électorat et l'éligibilité au Tribunal de commerce ou l'inscription aux syndicats. Mais la faillite qui ne dépend ni de l'inscription au registre de commerce, ni du droit réglementaire des professions, mais constitue un mode d'exécution des dettes organisé en faveur des créanciers, continuera à s'appliquer. La situation de la femme est comparable à celle du fonctionnaire qui exerce indûment une profession commerciale et qui, bien que n'étant pas inscrit au registre de commerce, reste soumis aux sanctions de la faillite. En un mot, la femme qui, par l'opposition du mari, a perdu le pouvoir d'engager la communauté et les biens du mari, conserve sa pleine capacité juridique et peut l'exercer comme la femme commune en biens ordinaire.

II. — La théorie de la nullité.

324. — Suivant en cela M. Choteau (22), nous tenons l'opinion émise par M. le doyen Julliot de la Morandière pour inexacte. Certes, la formule de l'article 223, alinéa 2, est incorrecte, mais il est possible de la comprendre sans abandonner le terrain de la nullité, en y voyant une *annulabilité à la demande du mari seul*. La modification du texte ne porte plus alors sur la notion principale « nuls » que nous gardons, mais sur la formule accessoire « à l'égard du mari » que nous transformons en « à la demande du mari ».

325. — La thèse de l'inopposabilité soulève, en effet, de nombreuses objections. Tout d'abord, lorsque le mari s'oppose à

(21) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, article préc., D.C. 1943, p. 14.

(22) CHOTEAU, « Nature et sanction de l'opposition du mari à l'exercice d'une profession par la femme », D. 1946, Chron., pp. 41 et suiv.; dans le même sens : Jacques BOUTARD, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse Caen, 1946, pp. 202 et suiv.; Edouard DÉTRUY, *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de la communauté légale*, thèse Grenoble, 1950, pp. 247 et suiv.; ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VII, § 471, texte et note 16.

l'exercice par la femme d'une profession séparée, ce n'est pas obligatoirement parce que celle-ci est contraire aux intérêts pécuniaires de la famille; il se peut, plus simplement, que l'intérêt moral de la famille dont le mari est aussi le gardien, soit en jeu. En ce cas, la théorie de l'opposabilité laisse le chef de la famille complètement désarmé. Elle permet, certes, au mari de préserver le patrimoine commun et le sien des engagements de sa femme, ce qui entraîne une diminution du gage de ses créanciers, mais la femme a toujours la possibilité de porter atteinte à l'intérêt moral de la famille, en engageant sa fortune personnelle et les biens réservés. Comme le remarque M. Boutard (23), « c'est une sanction familiale que réclame cette institution éminemment familiale qu'est le veto ».

En outre, l'opposabilité des actes de la femme ne constitue une sanction que sous le régime de communauté, elle est inefficace sous le régime de séparation de biens ou sous le régime dotal, étant donné que la femme ne peut jamais engager que ses biens personnels et que les biens dotaux sont dans tous les cas insaisissables par les créanciers de la femme (24). La réalité de la sanction serait alors subordonnée au régime matrimonial des époux. Pourtant, l'article 223, alinéa 2, se trouve placé dans un chapitre VI du Code civil qui traite « Des devoirs et des droits respectifs des époux », quel que soit le régime matrimonial. Et on peut encore tirer un argument de l'article 1449, alinéa 3, qui déclare que « le mari séparé de biens par jugement ne peut plus exercer le droit d'opposition visé à l'article 223 », pour affirmer que le droit de veto existe quel que soit le régime matrimonial des époux. La thèse de l'opposabilité aboutissant à reconnaître au mari un droit dépourvu de sanction sous le régime de séparation de biens et sous le régime dotal, se condamne elle-même.

Et pourtant, les auteurs qui adoptent la théorie de l'opposabilité ont entendu démontrer l'impossibilité d'une nullité à la demande du mari seul, comme « contraire à la notion d'incapacité, mesure de protection pour l'incapable et à la règle générale d'après laquelle la nullité relative peut être invoquée par l'incapable lui-même » (25). C'est oublier que l'action en nullité que nous reconnaissons au mari seul n'est pas fondée sur une incapacité de la femme qui résulterait soit de la faiblesse de son sexe, soit de la puissance maritale; elle a pour raison d'être l'intérêt de la famille et se trouve en dehors de toute idée de capacité ou d'incapacité, telles que ces notions pouvaient se concevoir avant la réforme de 1938. Si on peut parler sur ce point d'incapacité — et

(23) Jacques BOUTARD, *op. cit.*, p. 205.

(24) Jacques BOUTARD, *op. cit.*, p. 205; CHOTEAU, chronique préc. au D. 1946, p. 44.

(25) JULIOT DE LA MORANDIÈRE, chronique préc. au D.C. 1943, p. 16.

ce terme nous convient assez peu, en raison de l'équivoque à laquelle il peut prêter — il s'agit non pas d'une incapacité de protection comme celle qui existait avant 1938, mais d'une incapacité de « dépendance » (26).

Ce qui prouve que l'action en nullité que nous défendons ne crée pas une incapacité de protection, c'est que nous en avons reconnu l'existence chaque fois que l'intérêt de la famille était en jeu, aussi bien à l'encontre du mari que de la femme. A l'encontre du mari, nous soutenons que la théorie de la fraude dégagée par la jurisprudence est sanctionnée par une action en nullité car, en servant les intérêts de la femme, elle tend par le fait même à sauvegarder l'intérêt de la famille. A l'encontre de la femme commune en biens, nous avons admis que le mari, chef de la communauté, pouvait faire annuler les aliénations en pleine propriété des propres de son épouse, effectuées au mépris de l'intérêt supérieur de la famille. Nous croyons que tous ces cas ne sont que des exemples qui prouvent que l'intérêt de la famille exige une sanction efficace qui ne peut être que la nullité. L'inopposabilité peut très bien sauvegarder l'intérêt d'un individu, elle se révèle inadéquate lorsqu'il s'agit de protéger une société toute entière, comme une famille.

Les développements que nous venons de fournir nous permettront de ne pas nous étendre sur le deuxième argument à l'encontre de l'annulabilité fourni par les tenants de la thèse de l'inopposabilité. Pour eux, le point de départ de la théorie de l'annulabilité « est faux et en contradiction avec les directives générales de la loi de 1942. Celle-ci a cherché à supprimer les traces de l'ancienne incapacité de la femme mariée » (27). Point n'est besoin, pour réfuter cet argument, de rechercher comme le fait M. Choteau (28) « si l'interdiction pour la femme d'exercer une profession à laquelle s'oppose le mari ne s'analyse pas en une des exceptions légales à la capacité de la femme, prévues par l'article 216 », sous prétexte que si on refuse à la tenir pour telle, on attend vainement des exemples pratiques de ces incapacités. Nous ne croyons pas, en effet, que sur ce point l'argument de M. Choteau soit exact, car l'article 216 ne vise pas des incapacités qui pourraient subsister en raison du contrat de mariage ou de la loi, il vise simplement les cas où l'exercice de la capacité de la femme mariée, capacité qui est toujours entière, peut se trouver limité par les pouvoirs concurrents que le contrat de mariage ou la loi attribuent au mari.

Si le deuxième argument invoqué par les tenants de la thèse de l'inopposabilité n'est pas valable, c'est parce qu'en admettant la nullité des engagements contractés par la femme au mépris de

(26) CHOTEAU, chronique préc. au D. 1946, pp. 41 et suiv.

(27) VOIRIN, préc., D.C. 1943-IV-54.

(28) CHOTEAU, chronique préc. au D. 1946, p. 43.

l'opposition maritale, nous n'entendons pas ressusciter un cas d'incapacité que la loi de 1938 a abolie. Nous croyons simplement qu'au sein du ménage où vivent deux époux capables, l'intérêt de la famille exige qu'un contrôle soit effectué par l'un sur les agissements de l'autre, que l'action en nullité constitue le seul moyen efficace de faire prévaloir l'intérêt de la famille sur l'intérêt égoïste des conjoints.

S'il en était encore besoin, à l'appui de la thèse de l'annulabilité, nous pourrions invoquer divers textes du Code civil et l'article 223 lui-même. En rédigeant ce texte, pourquoi le législateur aurait-il employé le terme « nuls » alors qu'il connaissait parfaitement le terme « inopposable » qu'il venait d'employer dans l'article 217 : « L'acte de disposition passé dans les conditions prévues par l'autorisation de justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement fait défaut » ? L'article 223, alinéa 1, ne déclare-t-il pas aussi que « la femme *peut* exercer une profession séparée de son mari, à moins que ce dernier ne s'y oppose » ? Interprété *a contrario*, ce texte signifie et ne peut que signifier que la femme *ne peut pas* exercer une profession séparée de son mari lorsque ce dernier s'y oppose. La théorie de l'inopposabilité aboutit à une solution inverse, puisqu'elle admet que la femme peut valablement continuer la profession qu'elle exerçait avant l'opposition.

Enfin, un dernier argument de texte peut être tiré de l'article 223, alinéa 3, qui déclare que « si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille, la femme peut être autorisée par justice à passer outre, auquel cas les engagements professionnels qu'elle a pris depuis l'opposition sont *valables* ». Si le législateur prend le soin de déclarer que les engagements contractés par la femme sont valables, une fois l'opposition du mari levée par justice, c'est bien qu'auparavant ces engagements étaient nuls. Autrement, le législateur aurait employé le terme « opposable ».

326. — Ainsi donc, la sanction édictée par l'article 223, alinéa 2, est une action en nullité qui ne peut être intentée que par le mari et qui se justifie par l'intérêt de la famille. En conséquence, une fois l'opposition du mari portée à la connaissance des tiers, la femme ne dispose plus d'aucun pouvoir sur ses biens personnels pour satisfaire les besoins que peut nécessiter l'exercice d'une profession qu'elle ne saurait continuer.

327. — La thèse de l'annulabilité a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence. Un arrêt du Conseil d'Etat en date du 19 février 1943 (29) a déclaré qu'en cas d'opposition du mari « le secrétaire d'Etat aux Communications ne pouvait plus maintenir la dame

(29) C.E., 19 février 1943, D. 1945, p. 60, note WALINE. Cet arrêt, bien que faisant application de la loi de 1938, garde aujourd'hui encore toute sa valeur en raison de ses motifs.

Pagès dans son emploi...; en décidant qu'il ne mettrait fin aux fonctions de l'intéressée que si elle le demandait elle-même, il a méconnu l'obligation résultant pour lui de la règle légale ». La Cour d'appel de Grenoble, le 22 juin 1949 (30), a annulé une promesse de vente accordée à une femme commerçante au mépris de l'opposition du mari, « car cette opposition ne permet pas aux appelants de se prévaloir d'un acte *dénué de toute validité* ».

328. — Finalement, la théorie de la nullité que nous avons dégagée à propos des pouvoirs de la femme commune en biens ordinaire sur ses biens personnels et celle que nous venons de démontrer en cas d'exercice par la femme d'une profession séparée sont complémentaires. Dans les deux cas, au point de départ, la femme possède une totale liberté d'action, elle peut aliéner la pleine propriété d'un de ses propres aussi bien pour ses besoins personnels que pour ceux de sa profession; mais, dans les deux cas, le chef de la famille possède un droit de contrôle justifié, non pas par une incapacité, mais par la nécessité d'assurer la primauté de l'intérêt du ménage : lorsque la femme aliène un de ses propres dans un but personnel, le mari peut faire annuler la vente, si elle est en contradiction avec l'intérêt de la famille; le mari, en exerçant son droit de veto, peut aussi empêcher la femme qui exerce une profession séparée de disposer de ses biens personnels.

La seule différence entre les deux cas est que le mari doit lui-même aller devant le tribunal pour faire annuler l'aliénation d'un propre effectué par la femme commune en biens ordinaire, alors que si la femme exerce une profession séparée, il lui suffit de porter son veto à la connaissance des tiers. Cette différence s'explique aisément : lorsqu'elle aliène un de ses propres pour ses besoins personnels, la femme n'engage qu'elle-même, elle n'oblige ni la communauté ni le mari alors que par l'exercice d'une profession séparée, elle engage tous les patrimoines du ménage si les époux sont mariés sous le régime de communauté. D'ailleurs, pratiquement, dans le dernier cas, le mari sera souvent obligé d'aller lui-même devant les tribunaux pour obliger les employeurs de sa femme à tenir compte de son opposition. Un exemple nous en est fourni par l'arrêt du Conseil d'État du 19 février 1943 (31) où, dans l'espèce, le mari a été forcé d'intenter une action contre l'administration pour faire sanctionner son veto. Aussi l'avant-projet de Code civil ne fait-il que consacrer cette solution de fait, lorsqu'il déclare dans l'article 326 : « Chacun des époux peut exercer la profession de son choix à moins que l'autre époux ne demande au tribunal de lui interdire, dans l'intérêt de la famille, l'exercice de cette profession. »

(30) Grenoble, 22 juin 1949, D. 1949, p. 614.

(31) C.E., 19 février 1943, D. 1945, p. 60, note WALINE.

329. — La femme devant cesser l'exercice de la profession une fois connu le veto du mari, un problème important se pose à l'occasion des contrats à exécution successive passés avant le veto mais non encore exécutés; deux principes contradictoires se heurtent : le principe suivant lequel le mari ne peut se prévaloir de la nullité à l'encontre des tiers qui ont traité avec la femme sans avoir connaissance de l'opposition du mari et l'obligation pour la femme de remplir ses obligations familiales en cessant immédiatement l'exercice de la profession.

On a soutenu (32) que ces sortes de contrats pouvaient être rompus à la demande du mari ou de la femme et que ni l'un ni l'autre ne pourraient être tenus de verser des dommages-intérêts pour inexécution. Les tiers, en contractant avec la femme, savaient qu'ils risqueraient une opposition du mari et c'est donc à leurs risques et périls qu'ils ont obtenu l'engagement de la femme. De plus, le mari, en s'opposant à l'exercice de la profession séparée, ne fait qu'exercer un droit que la loi lui accorde et il ne saurait souffrir de l'exercice de ce droit. Tout autre solution serait de nature à paralyser la prérogative du mari, car, si la femme concluait des marchés à livrer en nombre important et à très longue échéance, la crainte d'avoir à verser des dommages-intérêts l'empêcherait d'exercer son droit de veto. Il ne pourrait y avoir lieu à des dommages-intérêts que si le mari, par complicité avec son épouse, exerçait son droit pour mettre un terme à des engagements trop onéreux. En ce cas, les tiers devraient démontrer le concert frauduleux des deux époux.

Nous pensons, au contraire, qu'il vaut mieux admettre l'obligation pour la femme d'exécuter les marchés à livrer conclus avant l'opposition (33). Pour apprécier la validité d'un contrat, il faut se placer au jour de sa conclusion et, à cette époque, le marché était certainement valable. Cette solution est commandée par la nécessité d'assurer le crédit de la femme; les tiers ne voudraient pas traiter avec elle si la validité des engagements était subordonnée à une opposition toujours possible du mari; ou bien, ils réclameraient toujours l'intervention du mari qui les garantirait de la non-opposition. Cette solution pratique serait contraire à la volonté du législateur qui a entendu écarter la nécessité de l'autorisation maritale. Aussi, si la femme ou le mari se prévalent de l'opposition pour mettre fin à l'exécution des contrats, il faut décider qu'ils sont tenus de verser des dommages-intérêts.

330. — Telles que nous venons de les analyser, les règles édictées par la loi du 22 septembre 1942 en cas d'opposition du mari

(32) MARTINOT, *op. cit.*, pp. 69 et suiv.

(33) En ce sens : Etienne DARROUZET, *L'exercice d'une profession par la femme mariée*, thèse Paris, 1940, p. 93; JULIOT DE LA MORANDIÈRE, D.C. 1943, Chron., p. 16; André ROCHE, *op. cit.*, pp. 28 et suiv.

à l'exercice d'une profession séparée par la femme, concrétisent dans les faits la nécessité d'assurer la primauté de l'intérêt de la famille, tout en sauvegardant l'intérêt des tiers amenés à traiter avec la femme. La primauté de l'intérêt familial est assurée par la nullité des engagements passés par la femme au mépris de l'opposition maritale. L'intérêt des tiers est sauvegardé par le fait que l'opposition doit être portée à leur connaissance pour être efficace.

Et pourtant, l'avant-projet de Code civil adopte des solutions qui se révèlent en contradiction avec les principes que nous avons dégagés. Tout d'abord, l'autorité du chef de famille est abolie, sous prétexte que désormais l'égalité doit exister dans les rapports personnels entre époux. « L'autorité d'un chef se justifie, déclare M. le doyen Julliot de la Morandière dans le Rapport préliminaire de l'avant-projet (34), si la famille a à se défendre par les armes, elle s'explique encore si, en raison de l'état social et économique, l'homme est plus fort socialement, est seul à agir dans la vie, si l'épouse est plus faible que lui. Or, il n'en est pas, ou il n'en est plus ainsi... A l'heure actuelle, ce n'est plus l'homme seul qui gagne la vie du ménage; sa femme a généralement la même instruction que lui, elle a les mêmes droits politiques. La qualité de chef de famille devient un contresens et une contrevérité. »

Aussi, d'après l'avant-projet, le mari n'a-t-il plus seul le choix de la résidence du ménage. L'article 321 précise que « les époux sont tenus de vivre ensemble », mais que « s'ils ne sont pas d'accord sur le choix de leur résidence commune, chacun d'eux peut, dans l'intérêt de la famille, demander au tribunal de fixer cette résidence ou de l'autoriser à avoir une résidence séparée pour lui et ceux de ses enfants qui lui seront confiés ».

De même, si le droit d'opposition à l'exercice d'une profession séparée subsiste, ce droit n'est plus l'apanage exclusif du mari. D'après l'article 326, alinéa 1, « chacun des époux peut exercer la profession de son choix à moins que l'autre époux ne demande au tribunal de lui interdire, dans l'intérêt de la famille, l'exercice de cette profession ». Bien plus, si la profession est en contradiction avec l'intérêt de la famille, l'époux qui l'exerce peut continuer à l'entreprendre, le seul effet de l'opposition se trouve être de rendre les actes inopposables à l'autre époux (art. 326, al. 3).

Sous le régime de communauté, le mari, en cas d'opposition valable de la femme, continue à engager ses biens personnels et la communauté (arg. art. 388, 1^o), son crédit ne se trouve aucunement diminué. Au contraire, la femme, en cas d'opposition valable du mari, ne peut plus obliger que la « nue-propiété » de ses propres. L'avant-projet assimile, en effet, le droit de jouissance de la com-

(34) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, in « Rapport à M. le garde des Sceaux, ministre de la Justice, en tête de l'avant-projet de Code civil, p. 37.

munauté à un usufruit (arg. art. 399) et l'article 338, 8°, interprété *a contrario*, lui interdit d'engager la communauté en cas d'opposition du mari. Faut-il alors admettre que l'avant-projet, en accordant à la femme commune le droit de s'opposer à l'exercice par le mari d'une profession séparée, n'a entendu lui accorder qu'une satisfaction purement platonique ? D'ailleurs, si les époux ont adopté conventionnellement le régime de séparation de biens, l'article 326, bien que placé dans un chapitre II, intitulé « Des effets du mariage », ne présente aucun intérêt. Nous croyons qu'il eût mieux valu sanctionner par la nullité l'opposition d'un époux à l'exercice d'une profession séparée par l'autre, sauf, bien entendu, à permettre aux tribunaux d'apprécier les motifs de l'opposition.

SECTION III

LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR SON PATRIMOINE PERSONNEL EN CAS DE MAINLEVÉE JUDICIAIRE DE L'OPPOSITION DU MARI A L'EXERCICE D'UNE PROFESSION SÉPARÉE

321. — Le droit d'opposition à l'exercice d'une profession séparée ne constitue pas pour le mari une prérogative absolue, la femme a le droit de recourir à la justice pour le faire tomber. Cette possibilité est tout à fait normale, car l'autorité du chef de famille doit s'exercer dans l'intérêt commun; aussi est-elle expressément prévue par l'article 223, alinéa 3, du Code civil : « Si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille, la femme peut être autorisée par justice à passer outre, auquel cas les engagements professionnels qu'elle a pris depuis l'opposition sont valables. »

Cet article ne fait que consacrer la jurisprudence qui, au temps où l'autorisation maritale était nécessaire pour que la femme puisse exercer une profession séparée, admettait que le refus du mari d'autoriser sa femme pouvait être suppléé par une autorisation de justice, les tribunaux se faisant juges des motifs qui avaient guidé le mari dans son refus d'autorisation. Si cette solution ne faisait pas de doute pour les professions séparées ordinaires, il n'en était pas de même pour les professions commerciales car, en la matière, il y avait un texte formel, l'article 4 du Code de commerce : « La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. » Certains auteurs (35) en déduisaient l'impossibilité pour la femme de recourir aux tribunaux si le mari refusait son autorisation ou était dans l'impossibilité de la donner. Autre chose, disait-on, est d'autoriser un acte déterminé

(35) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 4^e éd., T. I, pp. 286-288; DEMOLOMBE, T. IV, n° 240; LAURENT, T. III, n° 135.

dont les conditions sont connues et les effets faciles à prévoir, autre chose est d'investir la femme d'une qualité qui va lui permettre d'accomplir les actes les plus variés et les plus dangereux, pouvant même la conduire à la faillite. D'ailleurs, comment les juges seraient-ils suffisamment éclairés sur les aptitudes commerciales de la femme ? Seul le mari dispose des éléments nécessaires d'appréciation.

Cette opinion n'avait cependant pas rallié tous les suffrages et des systèmes transactionnels avaient été proposés. D'après certains (36), il y avait lieu de distinguer suivant que le mari refusait son consentement ou qu'il était dans l'impossibilité de le donner. Dans le premier cas, l'obstacle était insurmontable, mais dans le second, le recours à la justice était possible, car il ne s'agissait plus de contrecarrer la volonté du mari, mais de suppléer à un consentement qui ne pouvait pas se manifester.

D'après d'autres auteurs (37), il fallait distinguer suivant le régime matrimonial des époux ; la femme commune en biens ne pouvait jamais être autorisée par justice à exercer un commerce, mais il en était différemment de celle qui avait l'administration de tout ou partie de ses biens, qu'elle soit séparée de biens ou possède des paraphernaux sous le régime dotal. Sous la communauté, la femme autorisée de justice se trouverait pratiquement dans l'impossibilité d'exercer le commerce, l'autorisation de justice ne pouvant dans aucun cas porter atteinte aux droits du mari ; elle ne pourrait donc offrir comme gage à ses créanciers que la nue-propriété de ses propres, « ce qui est une faculté d'exécution presque illusoire ». Au contraire, les droits de la femme sur ses paraphernaux, ou sur ses biens personnels sous le régime de séparation de biens, demeurent intacts et l'autorisation de justice peut utilement intervenir.

Il ne semble pas que la jurisprudence antérieure à 1938 se soit ralliée à l'une quelconque de ces opinions transactionnelles. Il paraît plutôt qu'elle ait entendu assimiler sur ce point les professions commerciales aux autres professions et permettre, dans tous les cas, l'autorisation de justice pour suppléer à l'autorisation maritale. Certes, les arrêts rendus le sont le plus souvent à propos d'un régime de séparation de biens (38), mais leurs motifs sont

(36) MARCADÉ et PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon* sous l'article 220 du Code civil ; MOLINIER, *Traité de droit commercial*, T. I, n° 166.

(37) THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 106.

(38) Paris, 24 octobre 1844, S. 1844-II-581 ; Grenoble, 27 janvier 1863, D. 1863-II-38, S. 1863-II-78 ; Paris, 3 janvier 1868, D. 1868-II-28, S. 1868-II-65 ; Bordeaux, 16 juin 1869, D. 1870-II-34 ; Cass. req., 30 janvier 1877, D. 1877-I-348 ; Cass. Req., 17 janvier 1881, S. 1881-I-405, D. 1881-I-225 ; Paris, 4 mai 1903, D. 1903-II-144 ; Trib. civ. Seine, 30 avril 1930, *Rev. dr. int. privé*, 1930, p. 461 ; *contra* : Trib. civ. Lyon, 16 janvier 1869, D. 1869-III-29 ; Trib. com. Saint-Etienne, 2 juin 1898, *La Loi*, 19 juillet 1898.

tellement généraux qu'ils sont susceptibles d'être invoqués sous n'importe quel régime matrimonial. Ainsi en est-il, par exemple, du jugement du Tribunal civil de Lyon, en date du 5 mars 1908 (39), qui déclare que : « si, aux termes de l'article 4 du Code de commerce, le consentement du mari semble nécessaire, il est aujourd'hui de jurisprudence certaine que ce texte ne fait pas obstacle à l'application du droit commun et qu'il y a lieu notamment de le compléter par les articles 219 et 222 du Code civil ».

La loi de 1938 allait établir une distinction capitale entre les professions commerciales et les autres professions. Pour les premières, la nécessité de l'autorisation maritale subsistait alors que pour les secondes l'article 216 du Code civil ne reconnaissait au mari qu'un droit d'opposition, susceptible d'être levé par justice s'il n'était pas employé dans l'intérêt de la famille. Cette disposition a été reprise par la loi de 1942 qui a assimilé les professions commerciales aux autres professions.

332. — La procédure du recours est la même que celle qui existe en cas de fixation abusive de la résidence du ménage; elle est prévue par les articles 861 et suivants du Code de procédure civile. Il s'agit d'un jugement rendu sur requête au président du tribunal, par la chambre du conseil, le ministère public entendu.

333. — Une fois l'opposition du mari levée par justice, les engagements professionnels pris par la femme depuis l'opposition sont « valables ». Les auteurs ne sont pas d'accord sur le sens de cette expression et, en conséquence, sur les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel. Mais, avant d'étudier cette question, il importe de déterminer les motifs qui peuvent entraîner la mainlevée judiciaire du veto marital, car, de la conception que se feront les tribunaux de leur rôle dépendra, en grande partie, l'efficacité pratique des engagements de la femme.

I. — Les motifs entraînant la mainlevée judiciaire de l'opposition.

334. — L'article 223, alinéa 3, du Code civil, auquel renvoie expressément l'article 7 du Code de commerce, porte que « si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille, la femme peut être autorisée par justice... » Cette formule est extrêmement vague, elle ne précise pas la manière dont le juge doit apprécier si le mari a agi ou non dans l'intérêt de la famille.

Deux conceptions sont possibles et elles ont toutes les deux été soutenues. Les tribunaux, tout d'abord, peuvent rechercher si *objectivement* la décision du mari est conforme à l'intérêt de la famille. Ils doivent se demander quelle est la solution la meilleure, étant donné les conditions de vie du ménage. Ainsi, par exemple, une femme travaillait dans un ministère et avait confié

(39) Trib. civ. Lyon, 5 mars 1908, *Ann. dr. com.*, 1909, p. 155.

la garde de ses enfants à une grand-mère. Dix ans après le début de l'exercice de la profession, le mari exerce son droit d'opposition pour permettre de faire revenir les enfants au foyer (40). Déterminer si, objectivement, l'opposition du mari est conforme à l'intérêt de la famille consiste pour le tribunal à se demander si le fait pour les enfants de vivre à la campagne chez leur grand-mère n'est pas la solution la meilleure, surtout en période de guerre, et si l'exercice par la femme d'une profession qui la retient hors du foyer conjugal n'est pas de nature à sauvegarder l'unité du ménage, étant donné le caractère difficile du mari. La conception objective permet au tribunal de se substituer au mari dans sa qualité de chef de la famille et de se faire juge souverain de l'intérêt du ménage. Le juge vérifie alors l'opportunité de la décision du mari.

335. — Au lieu de se substituer purement et simplement au mari, les tribunaux peuvent se contenter de scruter les mobiles qui l'ont poussé à exercer son opposition. Ils recherchent si, *subjectivement*, la décision du chef du ménage est conforme à l'intérêt de la famille. Peu importe alors que le mari se soit trompé dans la détermination de l'intérêt familial, le recours de la femme doit être rejeté, du moment que cette préoccupation a guidé sa décision. Il y a application pure et simple de la théorie de l'abus des droits, « une transposition avec une coloration juridique très faible du principe moral extrêmement général qui défend aux hommes de faire un mauvais usage des prérogatives qu'ils ont reçues, de quelque manière que ce soit » (41). Le tribunal doit rechercher si le mari « s'est laissé guider par des mobiles abusivement autoritaires et vexatoires et non par l'unique intérêt de la famille » (42).

336. — La majorité de la doctrine s'est prononcée en faveur de la conception objective (43). Les auteurs font, en effet, remar-

(40) Cet exemple est tiré de l'espèce jugée par la Cour de Paris le 7 décembre 1940, arrêt PAGÈS au S. 1943-II-13, note BOITARD, J.C.P. 1941-II-1701, note AULAGNON, observ. Mme BÉQUIGNON-LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1941, p. 254.

(41) Jean DIÉBOLD, *Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle*, thèse Paris, 1941, p. 127.

(42) Paris, 7 décembre 1940, préc.; ce motif a été repris par Nancy, 24 juillet 1952, J.C.P. 1952-II-7195, note VOIRIN.

(43) S. GRINBERG et SIMON, *Les droits nouveaux de la femme mariée*, 1938, p. 75; SAVATIER, *Les lois nouvelles*, 1938-I-60; NAST, D.P. 1939-IV-1; COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. I, p. 647; RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 1804; Marc ANCEL, *op. cit.*, pp. 14-17; Raymond VUICHOD, *L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse Paris, 1941, pp. 30 et suiv.; note BOITARD au S. 1943-II-13; observ. Mme BÉQUIGNON-LAGARDE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1941, p. 254; note VOIRIN au J.C.P. 1952-II-7195; JULIOT DE LA MORANDIÈRE, J.C.P. 1943-I-304, n° 17; Emmanuel PERROT, *Les pouvoirs de la femme exerçant une profession séparée*, thèse Paris 1945, p. 17; Maurice MARCHAT, *L'intervention de la justice dans les rapports personnels entre époux*, thèse Paris, 1945, pp. 125 et suiv.; Pierre SAVINAUD, *Le chef de famille*, thèse Paris, 1948, pp. 140 et suiv., n° 211-212.

quer que, si on peut hésiter sur le sens littéral d'un texte trop concis, il paraît cependant osé de lui donner une portée aussi étroite que le fait la conception subjective. Dire que le tribunal pourra prononcer la mainlevée de l'opposition maritale si celle-ci n'est pas justifiée revient à dire que le juge doit vérifier que l'opposition s'appuie sur des raisons pertinentes, qu'elle est conforme à l'intérêt bien compris du ménage et des enfants.

Adopter la conception subjective conduirait, en outre, à faire de l'article 223 une disposition superflue et inutile (44). L'article 223 serait superflu, car il va de soi que le droit d'opposition n'est pas un droit absolu, qu'il est susceptible d'abus. Si le recours ouvert à la femme avait été une simple application de la théorie générale de l'abus des droits, il n'était pas nécessaire que le législateur consacre cette application par un texte précis. L'article 223 serait ensuite une disposition inutile, car n'admettre le recours de la femme que si le veto du mari est opposé *animo nocendi* revient à lui refuser tout espoir de succès. Comme le remarque M^{me} Béquignon-Lagarde (45), il sera toujours facile au mari de se retrancher derrière une considération tirée de l'intérêt prétendu de la famille.

D'ailleurs, la conception subjective n'est pas de nature à éviter la brouille et la rupture du ménage. Si on fait du juge l'arbitre des parties, il est possible que celles-ci s'inclinent devant sa décision et qu'ainsi cesse le conflit existant entre les époux. Au contraire, si le recours laissé à la femme est purement illusoire, en raison de la rareté des cas où il pourra être admis, celle-ci n'aura aucun intérêt à porter le différend qui l'oppose à son époux devant la justice. Elle préférera intenter une action en divorce qui seule est susceptible d'apporter un remède à la situation.

337. — Enfin, la conception objective peut encore se prévaloir d'antécédents jurisprudentiels. Nous avons vu qu'avant 1938 certains tribunaux n'avaient pas hésité à se faire juge du refus d'autorisation du mari à l'exercice d'une profession séparée. Dans tous les cas, ces tribunaux recherchaient les raisons qui pouvaient guider le chef de la famille et lorsqu'ils rejetaient le recours de la femme, ils prenaient soin de préciser que l'opposition maritale était raisonnable (46). Ils n'autorisaient la femme à exercer une profession séparée que si le refus ne leur paraissait pas justifié (47).

Un rapprochement doit aussi être fait avec le choix de la résidence du ménage. Sous l'empire du Code civil de 1804, l'arti-

(44) Note BOITARD, préc.

(45) Observ. M^{me} BÉQUIGNON-LAGARDE, préc.

(46) Paris, 24 octobre 1844, S. 1844-II-582; Trib. civ. Vienne, 3 juillet 1862, et, sur appel, Grenoble, 27 janvier 1863, S. 1863-II-78; Cass. req., 17 janvier 1881 (sol. impl.), S. 1881-I-405.

(47) Trib. civ. Seine, 7 mars 1904, sous Cass. req., 11 novembre 1907, S. 1908-I-225.

cle 214 précisait que « la femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ». Cependant, les tribunaux ne considéraient pas la prérogative du mari comme absolue, et ils estimaient que le devoir pour la femme de suivre son mari trouvait une limite dans le devoir de protection que l'ancien article 213 mettait à la charge du mari. Aussi se déclaraient-ils juges de l'opportunité de la décision maritale. Il a été jugé que la femme pouvait refuser d'habiter avec son mari si la résidence choisie par lui ne correspondait pas à la situation sociale du ménage. Il s'agissait d'un commis-voyageur qui se déplaçait souvent et le juge de paix de Paris a jugé que cette vie errante était contraire au devoir de protection que le mari devait à sa femme (48). De même, la chambre des requêtes de la Cour de cassation a admis (49) le refus de la femme d'aller habiter avec son mari chez les parents de celui-ci, en se basant sur le fait que les contraintes qui pouvaient en résulter étaient de nature à rendre la vie commune insupportable.

Sous l'empire de la loi de 1938, l'alinéa 1 de l'article 213 précisait bien que le choix de la résidence du ménage était une prérogative du mari, chef de la famille, mais l'alinéa 2 de ce même texte ouvrait un recours à la femme devant le tribunal, statuant en chambre du conseil, contre une fixation abusive de la résidence du ménage par le mari. La jurisprudence qui commençait à se former sur ce texte n'admettait pas seulement la recevabilité du recours de la femme si le choix de la résidence avait été effectué par le mari dans le but de nuire à sa femme (50), elle allait en général plus loin et recherchait si le choix du mari se justifiait objectivement. Ainsi, le Tribunal civil de la Seine, le 12 janvier 1939 (51), décidait que le lieu de résidence choisi par le mari était incompatible avec la qualité de femme légitime de l'épouse, et le Tribunal civil de Bordeaux, le 10 avril 1940 (52), permettait à une femme mariée de ne pas suivre son mari aux colonies en raison de sa mauvaise santé. Aucun de ces jugements ne se contentait de rechercher les mobiles qui avaient déterminé le mari.

La loi du 22 septembre 1942, dans l'article 215, maintient au mari la prérogative de choisir la résidence du ménage, mais ce droit n'est pas absolu et le deuxième alinéa du texte précise que

(48) Trib. paix Paris, 24 avril 1929, *in* le cours polycopié de M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 1930-1931, p. 549.

(49) Cass. req., 20 novembre 1860, S. 1861-I-965; cf. aussi Douai, 26 mars 1901, D. 1902-II-188.

(50) Trib. civ. Seine, 10 juillet 1941, G.P. 24 novembre 1941; RIPERT et BOULANGER, T. I, n° 1799; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 10^e éd., T. I, n° 778.

(51) Trib. civ. Seine, 12 janvier 1939, cité par M. ANCEL, *Les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942*, p. 14.

(52) Trib. civ. Bordeaux, 10 avril 1940, G.P. 1940-I-457.

« lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral, la femme peut, par exception, être autorisée à avoir pour elle et ses enfants une autre résidence fixée par le juge ». Cette formule marque bien que la décision du mari doit être appréciée objectivement par les tribunaux et non pas subjectivement. Il se peut, en effet, que le chef de la famille ait en vue l'intérêt du ménage en choisissant une résidence qui « présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou moral ». Les tribunaux doivent se substituer au mari et déterminer le choix de la résidence en raison des circonstances. Or, pratiquement, l'opposition à l'exercice d'une profession séparée et le choix de la résidence du ménage sont deux prérogatives symétriques du chef du ménage, toutes deux subordonnées à l'intérêt de la famille que les tribunaux doivent apprécier de la même manière. L'article 215 du Code civil fournit donc un argument d'un grand poids en faveur de la conception objective de l'appréciation par les tribunaux de l'opposition maritale.

338. — Ces arguments sont certes impressionnants, ils ne nous ont cependant pas convaincu (53). Il est, tout d'abord, faux de dire qu'avec la conception subjective, les dispositions de l'ancien article 216 (loi de 1938), des articles 223 du Code civil et 4 du Code de commerce seraient superflues. Pour s'en convaincre, il n'est que de considérer les hésitations de la jurisprudence à admettre, avant 1938, le recours de la femme contre le refus d'autorisation maritale. Aujourd'hui encore, aucun texte ne prévoyant le recours de la femme contre la révocation par le mari des pouvoirs ménagers de l'épouse, la question se pose en doctrine de savoir si un tel recours doit être admis (54). Pour éviter toute discussion, il était donc indispensable que le Code civil et le Code de commerce prévoient expressément la possibilité pour la femme d'obtenir des tribunaux la mainlevée de l'opposition maritale uniquement inspirée par des motifs vexatoires. La disposition de l'article 223, si elle n'est pas superflue, n'est pas non plus inutile. Le contrôle judiciaire est lui-même sous la dépendance étroite du problème de la charge de la preuve. Le texte même de l'article 223 conduit à admettre que la charge de la preuve incombe à la femme : c'est à elle d'établir que « l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille ». Le chef de la famille n'a qu'à manifester son veto et c'est à la femme, si elle veut y faire échec, de saisir le tribunal. Mais il ne faut pas aller plus loin et exiger d'elle la preuve positive des

(53) En ce sens : note AULAGNON au J.C.P. 1941-II-1701; Lucien AULAGNON, « L'intervention du juge à propos de l'exercice des droits des époux », *Mélanges Ripert*, T. I, pp. 390 et suiv., n^{os} 4 et suiv.; Jacques BOUTARD, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse Caen, 1946, pp. 197 et suiv.

(54) Jacques BOUTARD, *op. cit.*, p. 200.

« mobiles abusivement autoritaires ou vexatoires » par lesquels le mari se serait laissé guider. Une telle exigence n'est nullement imposée par la loi de 1938 ni par celle de 1942. L'article 223 vise uniquement l'absence de justification par l'intérêt de la famille. « Il doit donc suffire à la femme d'administrer la preuve négative de l'absence d'intérêt légitime qu'avait le mari exerçant son droit de veto » (55). Cette preuve négative est assez facile à produire et ce sera au mari d'établir d'une manière positive que sa décision a été guidée par l'intérêt de la famille.

Surtout, des considérations d'ordre moral viennent étayer la conception subjective de l'appréciation par les tribunaux. L'existence d'un chef de famille s'impose de toute évidence et, si on ne veut pas que l'anarchie règne, il importe de le doter de pouvoirs importants. Or, la conception objective conduit à discréditer l'autorité du mari. La femme est amenée à ne tenir aucun compte des directives qu'il peut donner, puisqu'il lui est toujours possible de recourir aux tribunaux. Le mari, lui-même, n'a plus intérêt à prendre ses responsabilités, à agir conformément à ce qu'il croit être l'intérêt de la famille, puisqu'il sait que l'ordre des valeurs qu'il peut établir est sujet à caution, que cet ordre sera repensé par les tribunaux. La conception objective aboutit à faire du mari un chef non conscient de ses responsabilités et de son rôle, qui agit au gré des circonstances, sans ligne générale directrice. La dignité du chef de la famille est diminuée par la possibilité de l'intervention constante du juge dans la marche du ménage.

On ne soulignera d'ailleurs jamais assez le rôle néfaste que peut avoir l'intervention généralisée de la justice dans les rapports entre époux. Elle conduit à faire de l'État le véritable détenteur de l'autorité familiale, celui-ci en déléguant simplement l'exercice aux parents et au mari. Et pourtant « l'État n'a aucune vocation à l'autorité familiale, il n'en dispose pas » (56).

Le rôle de l'État ne doit pas être celui d'un administrateur, il doit se cantonner au contrôle et au soutien de l'autorité du chef de la famille; l'État doit être le régulateur des situations anormales et n'intervenir que lorsque la situation semble désespérée aux époux qui n'entrevoient plus comme solution possible que l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps. Par l'intermédiaire des tribunaux, il doit contribuer à assurer la cohésion du ménage, il ne peut pas être une source de discorde et d'anarchie.

Qui ne voit, enfin, l'impossibilité pratique pour les tribunaux de se substituer au mari dans l'appréciation de l'intérêt familial. Le mari est le mieux placé pour prendre une décision conforme au bien commun. Le juge n'a la possibilité d'apprécier la situation que d'une manière externe, il ne peut se faire une idée de l'intérêt

(55) Lucien AULAGNON, *préc.*, *Mélanges Ripert*, T. I, pp. 390 et suiv., n° 6.

(56) ROUAST, « L'autorité dans la famille », *Sem. soc.*, Lyon, 1925, p. 175.

de la famille que d'après les dépositions plus ou moins contradictoires des époux, étant donné l'animosité qui existe entre eux. Le juge n'est pas et ne peut pas être à l'intérieur de la famille, ce qui exclut, en général, une appréciation valable.

339. — Si on considère d'un peu près notre droit matrimonial, on s'aperçoit que les tribunaux, eux-mêmes, se sont contentés la plupart du temps d'une appréciation subjective des actes du mari. Sous le régime de communauté, faisant suite à notre ancien droit, les tribunaux ont admis qu'ils avaient la possibilité d'annuler les actes frauduleux passés par le mari sur le patrimoine commun. Dans leur appréciation des faits, ils se sont toujours cantonnés à rechercher si le mari n'avait pas agi dans le but de nuire à la femme, ils n'ont jamais cherché à se substituer au chef de la communauté pour décider si les actes passés étaient de nature à mieux assurer la vie du ménage. C'est cette même conception, à notre avis, qui doit s'appliquer aux actes de disposition passés par la femme commune en biens sur son patrimoine personnel. Celle-ci, nous l'avons admis, peut disposer seule de la pleine propriété de ses propres, le mari n'a un droit de recours devant la justice que si les actes de la femme sont en contradiction avec l'intérêt supérieur de la famille. Dans leur appréciation, les tribunaux ne doivent pas se substituer à la femme, ils doivent simplement rechercher si, subjectivement, l'acte est conforme à l'intérêt de la famille, si la femme n'a pas agi pour nuire à la communauté et au mari.

Ainsi, la conception subjective que doivent se faire les tribunaux de leur pouvoir d'appréciation apparaît comme une règle générale devant régir les questions les plus importantes de la vie familiale. Pouvoirs du mari sur les biens communs, pouvoirs de la femme sur ses propres, droit d'opposition du chef du ménage à l'exercice par son épouse d'une profession séparée, ou retrait des pouvoirs ménagers, toutes ces prérogatives sont fonctionnelles. Dans tous ces cas, le législateur a entendu que les divers membres de la famille œuvrent dans une direction unique qui est le bien commun. Les diverses tâches sont réparties à l'intérieur de l'association conjugale, mais, dans le rôle qui lui est attribué, chacun des conjoints est présumé agir dans l'intérêt commun et ses actes ne peuvent être sanctionnés judiciairement que s'il n'a agi que poussé par un but égoïste, pour nuire à son conjoint ou au ménage tout entier.

340. — C'est d'ailleurs à la conception subjective que s'est ralliée la jurisprudence postérieure à 1938 appelée à statuer sur le droit d'opposition du mari à l'exercice d'une profession séparée. La Cour de Paris, le 7 décembre 1940 (57), a déclaré « qu'il ressort manifestement de ce texte (l'article 216) que la décision appartient

(57) Paris, 7 décembre 1940, arrêt PAGÈS, J.C.P. 1941-II-1701, note AULANON, S. 1943-II-13, note BOITARD, *Rev. trim. dr. civ.*, 1941, p. 254, observ. M^{me} BÉQUIGNON-LAGARDE.

toujours en principe au mari; que le choix entre les deux solutions proposées n'est pas laissé au tribunal; mais qu'il ne peut faire échec à l'opposition du mari que dans le cas où ce dernier se serait laissé guider par des mobiles abusivement autoritaires ou vexatoires et non par l'unique intérêt du ménage ou de la famille...; que le problème, en effet, n'est pas de rechercher si la solution proposée par le mari est la meilleure pour assurer le maintien de la vie commune, mais simplement de dire si le mari s'est laissé inspirer par des considérations autres que celles de l'intérêt du ménage ou de la famille ». De même, la Cour de Nancy, le 24 juillet 1952 (58), après avoir repris les considérants de la Cour de Paris, a rejeté la requête de la femme, car « l'opposition de Creusot à une activité commerciale de sa femme n'a rien d'injurieux ni de vexatoire à l'égard de cette dernière et ne constitue pas un abus de droit ».

341. — Pas plus que la loi de 1938 ou la loi de 1942, l'avant-projet de Code civil ne définit la manière dont les tribunaux doivent apprécier la conformité de l'opposition à l'intérêt de la famille. L'article 326 décide simplement que « chacun des époux peut exercer la profession de son choix, à moins que l'autre époux ne demande au tribunal de lui interdire, dans l'intérêt de la famille, l'exercice de cette profession. » Si ce texte est adopté, les discussions ne manqueront pas de renaître, mais il nous semble qu'étant donné la conception générale de l'avant-projet, il sera plus difficile de restreindre le rôle des tribunaux. Tout d'abord, il faut rappeler que l'avant-projet supprime la qualité de chef de la famille et accorde aux deux époux le droit de s'opposer à ce que l'autre exerce une profession séparée. Surtout, l'avant-projet, ayant établi une égalité excessive entre les conjoints, fait de l'intervention judiciaire le remède normal aux heurts qui ne peuvent manquer de se produire. Il est, dès lors, impossible d'admettre que les tribunaux, appelés à intervenir constamment dans la vie conjugale, se contentent d'une appréciation subjective des actes qui leur sont soumis. Forts de l'esprit général qui se dégage de l'avant-projet, il est à penser qu'ils pousseront leur contrôle jusqu'à l'appréciation de l'opportunité. Là encore, les dispositions de l'avant-projet de Code civil nous semblent condamnables.

Ayant ainsi dégagé les conditions d'application de la mainlevée judiciaire de l'opposition du mari à l'exercice par la femme d'une profession séparée, il nous faut maintenant en déterminer les effets. Ayant adopté une interprétation restrictive des conditions d'application de l'article 223, alinéa 3, il nous sera possible d'admettre plus largement les pouvoirs de la femme sur ses biens personnels.

(58) Nancy, 24 juillet 1952, J.C.P. 1952-II-7195, note VOIRIN.

II. — Les effets de la mainlevée judiciaire de l'opposition.

342. — D'après l'article 223, alinéa 3, du Code civil auquel renvoie l'article 7, alinéa 3, du Code de commerce, « si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille, la femme peut être autorisée par justice à passer outre, *auquel cas les engagements professionnels qu'elle a pris depuis l'opposition sont valables* ». Ce texte indique bien la validité des engagements professionnels de la femme mariée, mais il n'en précise pas les conséquences sous le régime de communauté. La détermination de ces conséquences est liée au mécanisme par lequel la femme oblige la communauté lorsqu'elle exerce sa profession sans opposition au mari. Plusieurs systèmes ont été soutenus en doctrine.

Certains auteurs estiment impossible d'admettre que la femme puisse par son activité professionnelle obliger le mari et la communauté, alors que le chef de la famille s'est opposé à l'exercice de cette activité (59). « Le tribunal a pu juger que cet exercice était justifié par l'intérêt de la famille. L'activité n'en est pas moins fort dangereuse pour la fortune du mari et il serait vraiment excessif de voir une femme mariée compromettre les biens personnels du mari. Il faut donc décider qu'en cas d'opposition du mari, justifiée ou non, le mari et la communauté ne sont pas obligés s'il est établi que le tiers a connu cette opposition. » Ces auteurs assimilant le droit de jouissance à un usufruit, la femme commune en biens ne peut engager, en cas de mainlevée judiciaire de l'opposition, que la « nue-propriété » de ses propres, en plus de la pleine propriété de ses biens réservés. Elle ne disposerait alors que d'un crédit très réduit, insuffisant pour l'exercice de certaines professions, en particulier les professions commerciales.

Si ces auteurs admettent cette solution restrictive, c'est qu'ils assimilent la non-opposition du mari à une autorisation tacite, analogue à celle dont on se contentait autrefois pour l'exercice d'une profession commerciale; la femme ne possède pas de pouvoir propre à l'effet d'obliger la communauté de son chef, elle ne l'oblige que par l'intermédiaire du mari qui approuve, par son silence, ses engagements professionnels. Certes, l'article 5, alinéa 1, du Code de commerce et l'article 225, alinéa 3, du Code civil ne font aucune distinction suivant que la femme exerce une profession séparée sans opposition du mari ou avec autorisation de justice; mais, étant donné l'impossibilité d'admettre que le mari puisse être obligé personnellement par des actes auxquels il s'est opposé,

(59) RIFERT et BOULANGER, T. III, n° 498; SOLUS, « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 90, note 1; CHOTEAU, « Du pouvoir prétendu de la femme d'obliger la communauté par ses dettes professionnelles hors ou contre la volonté du mari », *D.* 1946, *Chron.*, pp. 65 à 68; PLANIOL et RIFERT, T. VIII, par BOULANGER, n° 412.

il faut décider que ces textes ne s'appliquent qu'au cas où la femme exerce sa profession sans opposition du mari.

Nous ne nous étendrons pas sur les critiques que soulève cette théorie. Il nous suffira de rappeler que l'esprit général de la loi de 1942 et certaines solutions qu'elle a consacrées sont de nature à faire abandonner ce point de vue. Il paraît impossible d'assimiler l'attitude passive du mari à un consentement et l'article 217 du Code civil fournit un exemple de l'engagement de la communauté par la femme sans autorisation du mari.

343. — Aussi, la majorité de la doctrine déclare-t-elle qu'en cas de mainlevée judiciaire de l'opposition maritale, la femme commune en biens dispose des mêmes pouvoirs que si l'opposition n'avait pas eu lieu; elle engage pour les besoins de sa profession outre ses biens réservés, la pleine propriété de ses biens personnels, la communauté et, par contrecoup, les propres du mari. Des divergences se manifestent cependant sur l'explication qu'il convient de donner à l'engagement de la communauté.

344. — Pour M. Ancel (60), lorsque la femme commune en biens exerce une profession séparée sans opposition du mari, elle engage la communauté en vertu du consentement tacite de celui-ci, mais lorsqu'elle est autorisée par justice à passer outre au veto marital, cette autorisation de justice constitue le fondement même de ses pouvoirs. Cette opinion ne saurait être acceptée car elle est en contradiction avec le rôle que joue la justice lorsqu'elle lève le veto marital (61). Avant la réforme opérée par la loi de 1942, l'autorisation de justice n'a jamais eu les mêmes effets que l'autorisation maritale. Alors que cette dernière donnait action aux créanciers de la femme sur l'ensemble des biens du ménage, l'autorisation judiciaire ne permettait à celle-ci que d'engager la nue-propriété de ses biens personnels. Cette solution résultait de l'article 1426 du Code civil. Les seules exceptions admises par le législateur étaient contenues dans l'article 1427 et elles avaient un caractère limité : pour tirer le mari de prison ou pour l'établissement des enfants communs en cas d'absence du mari. Même sous l'empire de la loi de 1938, l'intervention de la justice habilitant la femme commune à exercer une profession commerciale ne lui permettait pas d'obliger la communauté, ni le mari, mais simplement ses biens personnels et ses biens réservés.

La même différence entre l'autorisation maritale et l'autorisation judiciaire se retrouve aujourd'hui : si la femme commune en biens autorisée par justice à passer outre au veto marital engage la communauté dans laquelle se trouve le droit de jouissance, ce ne

(60) Marc ANCEL, *Les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942*, p. 20.

(61) Cf. Jacques BOUTARD, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse Caen, 1946, p. 210.

peut être sur le fondement de cette autorisation. L'article 223 condamne expressément cette solution en disant que « la femme peut être autorisée par justice à passer outre », ce qui implique bien que le rôle du juge se borne à déclarer le veto du mari sans valeur. « L'intervention de la justice consiste simplement à écarter l'obstacle qui empêchait l'épouse d'user de sa prérogative, tout comme le titulaire d'un droit de propriété peut être obligé de s'adresser à la justice pour faire cesser un trouble de jouissance, sans qu'il doive pour cela être considéré comme autorisé par la justice à jouir de son bien » (62). Lorsque le tribunal autorise la femme à continuer l'exercice de sa profession malgré le veto marital, celle-ci se trouve dans la même situation que si ce veto n'avait pas eu lieu.

345. — En réalité, le véritable fondement de l'engagement par la femme de la communauté doit être recherché dans l'existence d'un pouvoir propre que la loi de 1942 a entendu lui conférer (63). Ce pouvoir propre se manifeste aussi bien lorsque la femme exerce une profession séparée sans opposition du mari que lorsque cette opposition est levée par justice. Désormais, du fait même qu'elle exerce une profession séparée, la femme a le pouvoir d'obliger seule la communauté. Celui-ci peut être mis en échec par l'opposition du mari qui rend nuls tous les actes que la femme peut accomplir, mais il réapparaît si le tribunal décide que le veto du mari n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. Cette solution peut s'appuyer sur le fait que les articles 225, alinéa 3, du Code civil et 5, alinéa 1, du Code de commerce ne font aucune distinction suivant que la femme exerce une profession séparée sans opposition du mari ou avec autorisation de justice. Elle a été consacrée

(62) Jacques BOUTARD, *op. cit.*, p. 197.

(63) Jean-Charles CHEVALIER, *L'autorité maritale d'après les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942*, thèse Poitiers, 1943, p. 101; André ROCHE, *Les répercussions de la loi du 22 septembre 1942 sur l'exercice d'une profession séparée par la femme mariée*, thèse Grenoble, 1944, pp. 33 et suiv.; Roger MARTINOT, *L'opposition du mari à l'exercice par sa femme d'une profession séparée*, thèse Strasbourg, 1945, pp. 33 et suiv.; Mme Marie VIÉ, *La situation juridique de la femme mariée exerçant une profession séparée*, thèse Toulouse, 1945, pp. 57 et suiv.; Emmanuel PERROT, *Les pouvoirs de la femme exerçant une profession séparée*, thèse Paris, 1945, pp. 34 et suiv.; Pierre GAUTHIER, *La notion actuelle du mari chef de la famille*, thèse Aix-Marseille, 1947, p. 33; Yves DELETRÉ, *Le pouvoir propre de la femme sur les biens communs et l'équilibre du régime de communauté*, thèse Lille, 1948, pp. 41 et suiv.; Pierre SAVINAUD, *Le chef de famille*, thèse Paris, 1948, p. 79, n° 121, et p. 151, n° 230; FRÉJAVILLE, « Des conséquences de l'autorisation de justice en cas de refus ou d'opposition du mari sous le régime de communauté », J.C.P. 1943-I-639, n° 1, 2, 6 à 11; JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *préc.*, J.C.P. 1943-I-304, n° 22, et D.C. 1943, Chron., p. 15; COLIN et CAPITANT, par JULIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 47, 58 et 300; VOIRIN, D.C. 1943, L. 50, n° 30 et 48; DE JUGLART, *préc.*, J.C.P. 1943-I-327, n° 38, 45 et 46; Raoul MICHENET, J.C.P. 1948-I, éd. Not. 706, n° 32, et J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722, n° 50.

implicitement par l'arrêt de la Cour de Nancy du 24 juillet 1952 (64) et reprise par l'avant-projet de Code civil dans l'article 388 : « Les dettes dont le recouvrement peut être poursuivi sur les biens de communauté sont : 8° les dettes de la femme nées postérieurement à la formation de la communauté, dans l'exercice de sa profession, encore que la femme ait été autorisée par justice à exercer cette profession malgré l'opposition de son mari. »

346. — Avec l'étude de la mainlevée judiciaire de l'opposition du mari, se trouve achevé l'exposé des pouvoirs sur ses biens personnels de la femme qui exerce une profession séparée. Il nous aura permis de dégager un certain nombre de règles importantes concernant le fonctionnement du régime de communauté et de préciser la théorie que nous soutenons sur le droit de jouissance de la communauté.

Les textes actuels du Code civil et du Code de commerce sur l'exercice d'une profession séparée, tels que nous les avons entendus, concilient admirablement les intérêts de la femme et ceux de la famille. Il importe, en effet, que la femme qui exerce une activité professionnelle dispose d'un crédit important, qu'elle offre comme gage à ses créanciers l'ensemble des biens du ménage. C'est ce que décident les articles 225, alinéa 3, du Code civil et 5, alinéa 1, du Code de commerce. Mais ce droit de gage général ne doit exister que si l'activité professionnelle de la femme est conforme à l'intérêt de la famille : elle doit œuvrer en vue d'accroître la fortune du ménage et non pas agir dans un but purement égoïste. Aussi, le mari, en tant que chef de la famille, dispose d'un droit de veto qui entraîne la nullité des actes professionnels de la femme, ce veto étant lui-même susceptible d'être contrôlé judiciairement et anéanti s'il a été employé par le mari pour nuire à son épouse, sans souci de l'intérêt du ménage.

L'étude des pouvoirs sur ses biens personnels de la femme commune en biens qui exerce une profession séparée montre qu'il n'y a qu'une atténuation du droit de jouissance de la communauté et que celui-ci subsiste dans la mesure où il est compatible avec les nécessités du crédit. Cette atténuation du droit de jouissance est suffisante, sa disparition ne s'impose pas. Au contraire, la présomption d'acquêts, en tant qu'instrument technique au service des pouvoirs prépondérants du mari, ne présente plus aucun intérêt dans les rapports des époux avec les tiers, car l'exercice d'une profession séparée donne action aux créanciers de la femme sur tous les biens du ménage. Elle n'est susceptible de jouer un rôle que pour ceux qui déclarent que l'opposition valable du mari n'entraîne que l'inopposabilité des actes de la femme. En ce cas, en effet, celle-ci ne pourrait plus disposer que de la nue-propriété

(64) Nancy, 24 juillet 1952, J.C.P. 1952-II-7195, note VOIRIN.

de ses biens personnels et ses créanciers devraient démontrer que le bien qu'ils saisissent ne fait pas partie de la masse commune.

Tels qu'ils existent actuellement, les pouvoirs de la femme sont à mi-chemin entre une trop grande influence des principes communautaires qui auraient abouti à l'impossibilité pratique de l'exercice d'une profession séparée et une trop grande implantation des principes séparatistes qui aurait conduit à faire prévaloir l'intérêt égoïste des conjoints sur l'intérêt de la famille. Aussi peut-on regretter que l'avant projet de Code civil ne se soit pas contenté de reprendre les textes actuels, au besoin en les précisant pour éviter les discussions que leurs termes vagues suscitent actuellement.

L'étude que nous venons d'entreprendre nous aura, en outre, permis de préciser la théorie du droit de jouissance sur les patrimoines propres des époux. Nous avons vu, en effet, que le recours que nous reconnaissons au mari contre les aliénations effectuées par la femme contrairement à l'intérêt de la famille s'intègre dans un cadre plus général et se traduit, comme en cas d'actes frauduleux passés par le mari sur le patrimoine commun ou de contrats de la femme exerçant une profession séparée au mépris de l'opposition maritale, par une action en nullité dans l'intérêt de la famille. Nous avons vu aussi que le tribunal auquel la validité de l'acte est soumis, ne peut se substituer à l'époux qui l'a passé et en apprécier l'opportunité, mais qu'il doit seulement rechercher si cet acte n'a pas pour but de nuire à l'autre époux ou à l'intérêt de la famille toute entière.

CHAPITRE II

LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR LE PATRIMOINE RESERVÉ

347. — Sous l'empire du Code civil de 1804, la femme commune en biens ne disposait d'aucun pouvoir sur les gains qu'elle pouvait réaliser dans l'exercice d'une profession séparée non commerciale : « Si la législation du Code civil, a-t-on pu dire, protège efficacement la femme lorsque le ménage possède une certaine fortune, elle n'est pas faite pour la femme de l'ouvrier » (1). Tous les biens, meubles ou immeubles, acquis à titre onéreux durant le mariage font partie de la communauté et, à ce titre, ils étaient soumis aux pouvoirs exclusifs du mari. Les gains que pouvait réaliser la femme commune en exerçant une profession séparée avec l'autorisation du mari tombaient en communauté, et c'était au mari de les percevoir, quelle qu'en soit l'importance. Seul, il avait qualité pour en donner quittance et la femme ne pouvait les toucher elle-même qu'en vertu d'une procuration expresse ou d'une tolérance de fait qui équivalait à un mandat tacite.

Sur les gains ainsi perçus, le chef de la communauté jouissait des prérogatives, les plus larges, puisqu'il pouvait les aliéner à titre onéreux ou même à titre gratuit sans que la femme pût s'y opposer. S'il avait laissé son épouse les toucher et que celle-ci les ait employés à des achats, il pouvait encore intervenir et disposer de ces objets qui faisaient partie de la communauté. Toute dette

(1) GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, 1886, p. 58.

du mari étant dette de la communauté (art. 1409, al. 2, C. civ.), ses créanciers pouvaient saisir les gains et salaires de la femme, alors que les créanciers de celle-ci n'avaient aucune action.

La situation de la femme mariée commerçante était un peu meilleure, car elle avait plus facilement le moyen de mettre ses bénéfices à l'abri du mari. Elle était réputée non mariée pour tous les faits relatifs à son commerce (art. 5 ancien, C. com.) et pouvait donc accomplir non seulement des actes d'administration, mais aussi des actes de disposition, du moment qu'ils se rattachaient à son négoce; il lui était loisible d'employer les bénéfices réalisés à l'achat de marchandises ou au développement de ses affaires, mais les sommes dont elle n'avait pas disposé étaient soumises au droit commun, c'est-à-dire aux pouvoirs exclusifs du mari (2).

384. — De 1804 à 1907, diverses lois sont intervenues pour améliorer la situation de la femme. Bien que, théoriquement, ces réformes aient eu une portée générale, en fait elles étaient destinées à amender la condition de la femme mariée exerçant une profession séparée. Ainsi en était-il, tout d'abord, des réformes intervenues sur les caisses d'épargne. La loi du 9 avril 1881, dans son article 6, admit « les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leurs maris » et « retirer, sans cette assistance, les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts, sauf opposition de la part de leurs maris ». La pratique améliora encore, sur ce point, la situation de la femme, en rendant presque impossible pour le mari l'exercice de son droit d'opposition. La loi du 20 juillet 1895 consacra, en partie, cette pratique, en exigeant que l'opposition soit signifiée dans la forme des actes extrajudiciaires, mais l'article 16 facilita la mainmise du mari, en décidant que passé le délai d'un mois après l'opposition « et faute par la femme de s'être pourvue contre ladite opposition par les voies de droit, le mari pourra toucher seul le montant du livret, si le régime sous lequel il est marié lui en donne le droit ».

Il en fut de même des lois du 18 juin 1850 et du 20 juillet 1886 qui organisèrent la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse. La première, dans son article 4, décidait que « le versement opéré antérieurement au mariage reste propre à celui qui l'a fait. Le versement fait pendant le mariage par l'un des deux conjoints profite séparément à chacun d'eux par moitié. En cas d'absence ou d'éloignement d'un des conjoints pendant plus d'une année, le juge de paix pourra, suivant les circonstances, accorder l'autorisa-

(2) Un arrêt de la Cour de cassation du 8 septembre 1814 (S. 1815-I-39) avait bien décidé que la femme commerçante pouvait aliéner un immeuble acquis avec ses bénéfices, mais cet arrêt est demeuré isolé. Il était, en effet, en contradiction formelle avec les articles 5 et 7 du Code de commerce qui ne permettaient à la femme d'aliéner des immeubles que pour les besoins de son commerce.

tion de faire des versements au profit exclusif du déposant ». Cette loi contenait plusieurs dérogations aux règles du Code civil, toutes favorables à la femme exerçant une profession séparée. Normalement, sous le régime de la communauté légale, les sommes versées antérieurement au mariage auraient dû profiter aux deux époux et, sous tous les régimes communautaires, les versements effectués au cours du mariage devraient être des biens communs sur lesquels la femme renonçante n'aurait eu aucun droit. Cette loi était cependant insuffisante puisque, pour effectuer des versements à la Caisse, la femme devait obtenir l'autorisation du mari. Ce fut la loi de 1886 qui remédia à cet inconvénient en admettant « les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage..., à faire des versements sans l'assistance de leurs maris ».

Les lois de 1850 et de 1886 apportèrent une amélioration certaine à la condition des femmes exerçant une profession séparée. Ces lois étaient même plus favorables à la femme que celles sur les caisses d'épargne, puisque le mari ne disposait d'aucun moyen pour se faire rembourser les versements effectués à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse. Cependant, dans les deux cas, les réformes étaient insuffisantes, car le mari pouvait les rendre inefficaces en touchant lui-même les gains et salaires de la femme et en la mettant ainsi dans l'impossibilité d'effectuer les versements.

349. — En définitive, ni la loi ni la pratique n'accordaient une protection convenable aux femmes mariées qui cherchaient à soustraire aux prétentions de leurs maris les gains réalisés dans l'exercice d'une profession. Et, pourtant, le nombre des femmes travaillant augmentait de jour en jour; en 1902, les statistiques en dénombrèrent sept millions (3). Aussi les sociologues et les économistes demandaient-ils aux pouvoirs publics d'intervenir pour réparer le silence du Code civil de 1804 (4) et ils faisaient remarquer que,

(3) Ce chiffre est cité par Henri Lalou, *Droits de la femme mariée sur les produits de son travail et les produits du travail de son mari depuis la loi du 13 juillet 1907*, Paris, 1910, p. 14.

(4) Voir notamment : GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme mariée*, 1885; CANUVÉS, « De la protection des intérêts économiques de la femme mariée », *Rev. d'écon. polit.*, 1894, p. 216; APTALION, *La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires*, 1899; COLIN DE VERDIÈRE, *Des produits des biens des époux, de leur travail et de leur industrie sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1897; GUNTZBERGER, *De l'extension des droits de la femme mariée sur les produits de son industrie personnelle*, thèse Paris, 1896; HUGÉ, *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, thèse Paris, 1902; IMBERT, *De la protection des gains et salaires de la femme mariée*, thèse Paris, 1902; LEDUC, *La femme et les projets de loi relatifs à l'extension de sa capacité*, thèse Paris, 1898; MAZIN, *Les produits du travail des époux sous les divers régimes matrimoniaux*, thèse Bordeaux, 1903; MORCHÉ, *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, thèse Rennes, 1901; PERNOT, *Les droits de la femme sur les produits de son travail*, thèse Paris, 1899; VAUDRUS, « Le droit de la femme mariée sur le produit de son travail », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Caen le 16 octobre 1900, *Gaz. des Trib.*, 18 octobre 1900.

dans la plupart des pays de l'Europe, les droits de la femme sur les produits de son travail avaient fait l'objet d'une réglementation. Notamment le nouveau Code civil allemand du 18 août 1896 soumettait les biens réservés à l'administration et à la jouissance exclusives de la femme (5). Ces biens réservés comprenaient non seulement les biens déclarés tels par le contrat de mariage (art. 1368), ou par une donation ou un legs fait à la femme (art. 1369), mais aussi ceux que la femme pouvait acquérir par son travail ou par l'exercice d'une profession séparée quelconque (art. 1367). Les mêmes dispositions avaient été reprises par le Code civil suisse dans ses articles 190 à 193.

Enfin, de nombreux mouvements féministes s'étaient chargés d'informer l'opinion publique (6). Si les premiers féministes, Saint-Simon, Fourier et leurs disciples s'étaient contentés de théories philosophiques sur l'égalité des sexes, sans se préoccuper des réformes que nécessitait notre législation matrimoniale, leurs successeurs prirent bientôt conscience de la nécessité d'une intervention législative. De nombreuses propositions de lois furent déposées, certaines furent discutées, prises en considération, votées par l'une des deux Chambres, mais la fin des législatures mettait toujours un obstacle à leur adoption définitive. Au bout de dix-sept ans, cependant, la réforme proposée fut consacrée par la loi du 13 juillet 1907 qui accordait à la femme mariée le droit d'administrer librement les produits de son travail, d'en jouir librement et de les aliéner à titre onéreux, et d'ester en justice sans autorisation dans toutes les contestations qui leur étaient relatives (7).

(5) Sur le Code civil allemand voir : GÉNY, « Contribution à l'étude de la question des biens réservés d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900 », *Bull. Soc. d'études légis.*, 1901-1902, pp. 155 et suiv.; SALEILLES, « Condition juridique de la femme dans le nouveau Code civil allemand », *Réforme sociale*, juillet-décembre 1901, pp. 739 et suiv.; Léon LYON-CAEN, *La femme mariée allemande*, thèse Paris, 1903; Pierre BINET, *La femme dans le ménage*, thèse Nancy, 1904; NILLUS, *Capacité et pouvoirs de la femme en Allemagne et en France*, thèse Paris 1937; sur le droit anglais : BERTHEAU, *De la capacité de la femme anglaise*, thèse Paris, 1902; LA GORGE, *Le régime des biens de la femme mariée en droit anglais et en droit français comparé*, thèse Lille, 1934.

(6) Jules et Gustave SIMON, *La femme au XX^e siècle*, Paris, 1892; Auguste FABRE, *Le féminisme, ses origines et son avenir*, Nîmes, 1897; DARNEZ, *Le libre salaire de la femme mariée et le mouvement féministe*, thèse Lyon, 1905; TURGEON, *Le féminisme français*, 2^e éd., Paris, 1906; Mme Marya CHÉLIGA, « Le mouvement féministe en France », *Rev. polit. et parlem.*, août 1897, pp. 282 et suiv.

(7) La loi de 1907 a donné naissance à une littérature particulièrement abondante et il serait vain de vouloir dresser un catalogue complet des ouvrages et articles parus. Aussi ne ferons-nous que citer les principaux : Adolphe PICHON, *Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du mariage*, Paris, 1908; LECOURTOIS et SURVILLE, *La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage*, Paris, 1908; CREVOISIER, *Le libre salaire de la femme mariée*, Paris, 1907; MORIDE, *Des modifications apportées par la loi du*

350. — Les premiers auteurs qui ont commenté la loi du 13 juillet 1907 en attendaient beaucoup. M. Dianu (8) l'appréciait en ces termes : « Il est permis de croire qu'elle deviendra une des dispositions les plus généralement connues et les plus bienveillantes; elle résout d'une manière remarquable et peut-être définitive le problème de la protection de la femme laborieuse dans la société moderne. » Et, pourtant, l'œuvre du législateur a été accueillie avec peu d'empressement par la pratique; dans les rapports des époux avec les tiers, la loi de 1907 est restée inappliquée et les établissements de crédit l'ont ignorée systématiquement. Les raisons de cet échec sont multiples. On a invoqué le caractère ambigu ou insuffisamment imprécis de certaines dispositions et surtout le fait que les tiers, pour ne pas engager leur responsabilité, ont ignoré l'article premier, alinéa 4, et ont, dans tous les cas, exigé l'inter-

13 juillet 1907 (relative au libre salaire de la femme) au régime de la communauté légale, thèse Paris, 1908; MORIN, *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail (étude de législation comparée)*, thèse Caen, 1908; PERCEAU, *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage*, thèse Paris, 1908; MULOTTE, *La loi du 13 juillet 1907 et les salaires de la femme mariée*, thèse Paris, 1909; DUPRÉ, *Le libre salaire de la femme mariée et l'obligation aux charges du ménage, commentaire de la loi du 13 juillet 1907*, thèse Lyon, 1909; LÉON DESCHAMPS, *La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907*, thèse Paris, 1909; Henri LALOU, *Droits de la femme mariée sur les produits de son travail et les produits du travail de son mari, depuis la loi du 13 juillet 1907*, Paris, 1910; DE LESSEPS, *Les droits de la femme mariée sur ses gains et salaires en France et à l'étranger*, thèse Paris, 1910; BRUNEL, *La femme mariée et les charges du ménage (loi du 13 juillet 1907)*, thèse Montpellier, 1910; Pierre GUYON, *La femme mariée commerçante sous le régime de la loi du 13 juillet 1907*, thèse Paris, 1910; COLIN et LEGRAND, *Des produits du travail dans le mariage*, 1910; GUYOT, *L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques*, thèse Dijon, 1910; Raoul MARGAT, *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire (loi du 13 juillet 1907)*, Paris, 1913; BOUCHER, *Etude critique de la législation relative aux biens réservés et à la contribution des époux aux charges du ménage*, thèse Paris, 1925; André VEAUX, *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage (étude de la jurisprudence)*, thèse Rennes, 1925; Jean SOURDOIS, « Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail et la loi du 13 juillet 1907 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, pp. 555 et suiv.; Raoul DE LA GRASSERIE, « Le libre salaire de la femme et la contribution des époux aux charges du ménage », *Lois nouv.*, 1907, pp. 465 et suiv.; LÉON LYON-CAEN, « Notice sur la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée », *Annuaire lég. étrang.*, 1907, pp. 187 et suiv.; VALÉRY, « Les femmes commerçantes et la loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage », *Ann. dr. com.*, 1907, pp. 396 et suiv.; PICHON, « Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du ménage », *Rev. crit.*, 1908; A. CHÉRON, « La contribution des époux aux charges du ménage et la loi du 13 juillet 1907 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, pp. 747 et suiv.; BERNARD et BONNECASE, « La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1910, pp. 1 et suiv.; Thomas LÉONCE, « Etude sur la loi du 13 juillet 1907 », *Rev. gén. du dr.*, 1911.

(8) Nicolas DIANU, *Les biens réservés de la femme mariée*, thèse Paris, 1913, conclusion.

vention du mari. En réalité, toutes les difficultés que l'application de la loi de 1907 a rencontrées viennent de l'impossibilité de concilier les principes séparatistes dont s'inspirait la loi nouvelle avec le régime de communauté.

351. — La loi du 13 juillet 1907 a été abrogée par celle du 22 septembre 1942 mais ses principales dispositions concernant les biens réservés ont été incorporées aux articles 224, 225, 226 et 1462 du Code civil. La prédominance des principes séparatistes est nettement affirmée par l'article 224 : « Lorsque la femme exerce une profession séparée de celle de son mari, les biens acquis par l'exercice de son activité professionnelle sont, sous tous les régimes, réservés à son administration et à sa jouissance pendant la durée du mariage. Elle a sur les biens qui lui sont ainsi réservés les droits de disposition que la femme séparée de biens par contrat possède sur ses biens personnels. » Et, pourtant, aux termes de l'article 226, alinéa 2, « sous les régimes de communauté, ils (les biens réservés) constituent des acquêts qui, pendant la durée du régime, sont soumis à la gestion séparée de la femme et qui, lors de la dissolution, sont compris dans l'actif à partager, à moins que la femme ne renonce à la communauté... ». Les biens réservés font donc apparaître un conflit important entre les principes séparatistes et les principes communautaires. Ils constituent une grave dérogation à l'article 1421 et on peut se demander si cette exception est justifiée.

352. — L'avant-projet de Code civil ne parle plus des biens réservés (9) ; les biens acquis avec les économies faites sur les gains de la femme entrent dans le patrimoine commun et, comme tels, sont soumis aux pouvoirs du mari. La femme a simplement le droit de percevoir ses gains et salaires et d'en disposer.

Ainsi se trouve posé le problème de la justification des biens réservés. Doivent-ils être conservés ou, au contraire, doivent-ils disparaître ? Pour pouvoir résoudre ce problème, il nous faut analyser les pouvoirs de la femme commune en biens sur les biens réservés, en étudiant successivement les actes d'administration, les aliénations, les obligations, les acquisitions et les actions en justice. Une fois cette étude achevée, il nous sera possible de porter un jugement d'ensemble sur la loi du 13 juillet 1907, telle qu'elle se trouve incorporée au Code civil par la loi du 22 septembre 1942.

SECTION I

LES ACTES D'ADMINISTRATION

353. — Sous l'empire de la loi de 1907, la femme avait « sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant

(9) *Rapport préliminaire de l'avant-projet de Code civil*, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, p. 39.

les mêmes droits d'administration que l'article 1449 donnait à la femme séparée de biens ». Malheureusement, ce dernier texte n'était pas clair, il se bornait à accorder à la femme séparée de biens « la libre administration » de ses propres, en lui refusant le droit d'aliéner les immeubles. Aussi, de nombreuses discussions avaient-elles surgi en doctrine sur le sens de cette expression. Il était cependant admis (10) que la formule « libre administration » était plus compréhensive que les formules « pure administration » ou « simple administration » employées par d'autres textes. En conséquence, comme la femme séparée de biens, celle qui exerçait une profession séparée avait le pouvoir de recevoir elle-même les produits de son travail, quelle qu'en soit l'importance, sans que son mari puisse intervenir pour former opposition au paiement, sauf les cas exceptionnels où la femme abusait de ses pouvoirs et ne remplissait pas son obligation de contribuer pour une part aux charges du ménage. Elle pouvait aussi donner à bail les immeubles réservés, toucher les revenus et en donner quittance, recevoir même des capitaux mobiliers et consentir la mainlevée des hypothèques qui en garantissaient le paiement, aliéner ses meubles lorsque l'aliénation était rendue nécessaire par les besoins de l'administration.

La femme pouvait aussi se faire ouvrir seule un compte en banque pour enregistrer les opérations afférentes aux biens réservés (11). A l'égard du banquier auquel elle demandait l'ouverture de ce compte, il lui suffisait, en principe, de justifier de la perception de revenus professionnels. Pratiquement, les établissements de crédit se montraient très rigoureux et exigeaient l'intervention du mari pour attester la non-opposition à la constitution du patrimoine réservé. Bien plus, préalablement à tout versement, ils obligeaient la femme à prouver que les deniers avaient un caractère réservé, preuve souvent impossible à apporter, ce qui entraînait, à nouveau, la nécessité de l'intervention maritale. Cette attitude restrictive des banquiers, qui aboutissait à l'inapplication pratique de la loi de 1907, fut expliquée en doctrine de différentes manières. Pour certains, elle résultait de l'esprit routinier des établissements de crédit et de nombreux boursiers qui, imbus de la théorie de l'incapacité de la femme mariée, considéraient la loi de 1907 comme une hérésie juridique (12). Plus justement, d'autres auteurs faisaient remarquer qu'en exigeant pratiquement l'intervention du

(10) RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 1445; Robert AYNÈS, *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse Paris, 1939, p. 213.

(11) Gilles DALIMIER, *Les comptes de banque de la femme mariée française*, thèse Paris, 1947, n°s 31 et suiv.

(12) GUYOT, *L'activité économique de la femme mariée*, thèse Dijon, 1910, pp. 270 et suiv.; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 184.

mari, la pratique trouvait une sécurité et une stabilité impossibles à égaler autrement (13).

354. — La loi du 22 septembre 1942 devait mettre fin à la plupart des incertitudes en accordant à la femme « l'administration et la jouissance » des biens réservés. Celle-ci peut donc faire sur eux tous les actes d'administration, toucher ses gains et salaires, donner à bail des immeubles, en toucher les revenus, y faire les réparations nécessaires, recevoir tout remboursement de ses capitaux et en donner décharge, placer ses gains et économies en actions de société et en parts de commandite.

355. — L'article 222 nouveau du Code civil reconnaît à la femme qui a l'administration et la jouissance de ses biens réservés la faculté de se faire ouvrir un compte en banque dans les mêmes conditions que la femme séparée de biens. Pour obtenir l'ouverture de ce compte, la femme commune en biens doit produire deux sortes de justifications (14). Tout d'abord, elle doit communiquer au banquier une expédition de son contrat de mariage ou un extrait du registre de l'état civil mentionnant qu'il n'a pas été passé de contrat de mariage : cette expédition ou cet extrait sont indispensables pour justifier que les deniers qui seront versés au compte auront la qualité de biens communs ou de biens propres.

En outre, la femme doit remettre au banquier une pièce justifiant qu'elle exerce ou qu'elle a exercé une profession séparée. Cette preuve n'est plus exigée par les textes depuis l'abrogation de l'article premier, alinéa 5, de la loi de 1907 par la loi du 18 février 1938, mais elle n'en demeure pas moins indispensable car, sous le régime de communauté, les biens réservés sont des biens communs et la femme doit établir que ces biens peuvent être soumis à son administration et à sa jouissance. Désormais, il n'est plus nécessaire que cette preuve se fasse par un moyen « mentionné dans la convention », tous les modes de preuve doivent être admis, puisqu'il s'agit de la preuve d'un simple fait juridique qui n'engendre par elle-même aucune obligation entre le banquier et la femme mariée. Pratiquement, la femme mariée commerçante produira un extrait du registre du commerce mentionnant qu'il n'y a pas eu d'opposition de la part du mari et la femme mariée qui exerce une profession non commerciale fera la preuve par tous les moyens : acte de notoriété, certificat de l'employeur, arrêté de nomination lorsqu'il s'agit d'un femme fonctionnaire. Un témoignage purement verbal, valable en soi, sera souvent repoussé par le banquier qui peut être amené à dégager sa responsabilité en démontrant que la femme lui a fourni toutes les justifications nécessaires.

(13) LALOU, *Annales de droit commercial*, 1910, pp. 65 et suiv.

(14) Gilles DALIMIER, *op. cit.*, n° 416 et suiv.; Maurice BARLE, *Le banquier et la femme mariée*, thèse Alger, 1948, pp. 36 et suiv.; FRÉJAVILLE, « Les comptes de banque des femmes mariées », J.C.P. 1943-I-373, n° 17 et suiv.

Certaines banques exigent également que la femme s'engage à les prévenir au cas où le mari ferait opposition à l'exercice de la profession (15). Cette exigence est manifestement contraire aux dispositions de l'article 223, alinéa 2, du Code civil : l'opposition du mari ne rend nuls les engagements de la femme que si celui-ci et non la femme l'ont portée à la connaissance des tiers. En conséquence, si la femme néglige d'avertir le banquier du veto marital, bien qu'elle s'y soit engagée, elle n'encourt aucune diminution de pouvoirs ni aucune responsabilité; les opérations effectuées à la banque sont pleinement valables et les engagements pris sont exécutoires sur tous les biens du ménage (16).

356. — Une fois le compte ouvert, la femme peut y déposer toutes les sommes qui proviennent de son activité professionnelle et, à ce sujet, il n'y a pas de distinction à faire entre les capitaux et les revenus; ainsi la femme qui exerce une profession libérale ou une profession commerciale peut y déposer toutes les sommes qui lui sont remises en dépôt à titre d'avance ou de prêt. Le compte de banque peut encore être alimenté par des deniers qui ont pour origine l'administration et la disposition du patrimoine réservé; il peut aussi recevoir des effets de commerce, ou des valeurs mobilières achetées à l'aide des gains personnels.

Cependant, le compte ouvert à la femme ne doit servir qu'à des opérations que celle-ci est en droit d'accomplir à l'occasion de sa profession ou sur son patrimoine réservé. Aussi, à propos de chaque versement, se pose la question de la preuve du caractère réservé des valeurs, effets ou sommes. Celle-ci se présente différemment suivant la destination que la femme entend donner aux deniers déposés et suivant la profession exercée. Lorsque la femme entend effectuer une opération professionnelle, elle n'a pas à apporter la preuve de l'origine des deniers. Peu importe, en effet, que les deniers soient réservés ou qu'ils fassent partie de la communauté ordinaire, puisque les articles 5, alinéa 1, du Code de commerce et 225, alinéa 3, du Code civil lui permettent alors d'obliger la communauté et le patrimoine personnel du mari (17). Elle doit seulement justifier de la destination des deniers, c'est-à-dire prouver que l'obligation qu'elle contracte entre bien dans le cadre de sa profession. Cette preuve est plus facile à faire en cas d'exercice d'une profession commerciale que pour les autres professions (18). S'il s'agit, en effet, d'une femme commerçante, il est en général très facile de vérifier le caractère commercial des opérations de banque effectuées, puisqu'il résulte de la nature même de l'opéra-

(15) FRÉJAVILLE, préc., J.C.P. 1943-I, éd. Not. 373, n° 18, note 13.

(16) *Contra* : GILLES DALIMIER, *op. cit.*, n° 418, d'après lequel la femme n'obligerait alors que les biens réservés et les biens personnels.

(17) Nous n'entendons pas reprendre ici la discussion de l'opinion de M. VOIRIN (D.C. 1943, L. 50, n° 30, et J.C.P. 1943-I-334, n° 16) qui soutient que seule la femme commerçante engage la communauté; cf. *supra*, n°s 317 et suiv.

tion; d'autre part, les actes effectués par un commerçant sont couverts par une présomption de commercialité et, en conséquence, les opérations effectuées par la femme sur son compte de banque sont réputées faites pour les besoins de son commerce. C'est au mari de renverser la présomption de commercialité, en établissant que la femme a utilisé les deniers versés à son compte et qui n'ont pas la qualité de biens réservés dans un but autre que celui de la profession. Comme cette preuve est assez difficile à fournir, en règle générale, les banquiers ouvrent facilement des comptes en banque aux femmes exerçant une profession commerciale.

La preuve de la destination des deniers est, au contraire, beaucoup plus difficile à apporter lorsque la femme exerce une profession non commerciale, car il est assez délicat de discriminer les engagements professionnels de ceux qui ne le sont pas; les banques risquent de voir leur responsabilité engagée vis-à-vis du mari si la femme utilise des deniers non réservés au paiement d'obligations non professionnelles, et leur recours contre elle est souvent illusoire si elle ne possède pas de biens réservés. Aussi, si, en pratique, les banques ouvrent des comptes aux femmes exerçant des professions civiles, elles surveillent étroitement les opérations effectuées sur ces comptes, n'autorisant que celles qui ne dépassent pas le montant des biens réservés et en exigeant souvent la preuve de l'origine des deniers.

La femme doit alors établir que les deniers qu'elle verse à son compte en banque font partie de son patrimoine réservé, qu'ils sont soumis à son administration et à sa jouissance. Sa situation est identique à celle de la femme qui, sous un régime communautaire, possède l'administration et la jouissance de certains biens personnels. Les deniers peuvent provenir de la vente d'un bien faisant partie du pécule, mais la preuve de l'aliénation ne suffit pas, car la femme a pu très bien déjà utiliser ces deniers; elle doit donc établir que les sommes versées sont identiquement les mêmes que celles qui proviennent de la vente (19). Cette preuve est presque impossible à fournir lorsque les deniers ont été versés entre les mains de la femme et, en ce cas, les banquiers ne manquent pas de demander une attestation du mari afin de dégager leur responsabilité.

C'est de la même façon que fonctionne le compte en banque de la femme qui n'exerce plus une profession séparée. Elle ne peut plus alors contracter d'engagements professionnels et elle n'oblige que ses biens réservés et la pleine propriété de ses propres, sous réserve de la possibilité pour le mari de faire annuler les actes

(18) FRÉJAVILLE, préc., J.C.P. 1943-I-373, n° 19; DERRIDA, « Le maniement des deniers par la femme commune en biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 478, n° 33; Gilles DALIMIER, *op. cit.*, n° 420 et suiv.; Maurice BARLE, *op. cit.*, p. 50.

(19) DERRIDA, préc., *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, pp. 480-481, n° 35.

contraires à l'intérêt de la famille. Le gage dont dispose le banquier se trouve donc réduit d'une manière importante et il est à penser que celui-ci n'autorisera la femme à effectuer que des opérations revêtant un caractère limité.

357. — Il convient enfin de signaler l'attitude libérale adoptée en la matière par les services de chèques postaux (20). L'ouverture d'un compte postal est subordonné à la seule justification de l'exercice d'une profession séparée. En aucun cas n'est exigée la preuve de l'origine et la consistance des biens réservés qui sont déposés au compte. Cette attitude s'explique en partie par le fait qu'un tel compte ne peut enregistrer que des opérations de deniers et qu'il doit toujours être créditeur. De plus, si la femme effectue des opérations irrégulières, si, par exemple, elle dispose de fonds communs pour l'amélioration de son pécule, la poste ne peut être mise en cause ni voir sa responsabilité engagée puisque le compte est ouvert dans les mêmes conditions qu'un compte domestique.

SECTION II

LES ALIÉNATIONS

I. — Les aliénations à titre onéreux.

358. — Sous l'empire de la loi de 1907, la femme pouvait déjà aliéner à titre onéreux ses biens réservés sans l'autorisation de son mari. L'article premier, alinéa 3, de cette loi n'exigeait pas que l'aliénation soit nécessitée par l'administration du pécule et elle accordait ainsi plus de pouvoirs à la femme exerçant une profession séparée sur les biens réservés qu'à la femme séparée de biens sur ses propres. Pourtant, lors des travaux préparatoires, il avait été proposé d'assimiler les deux situations, ce qui aurait entraîné l'impossibilité pour la femme d'aliéner les immeubles réservés sans l'autorisation du mari. En faveur de cette restriction, on faisait valoir le manque de logique qu'il y aurait, sous le régime de communauté, à accorder plus de pouvoirs à la femme sur des biens communs que sur ses biens personnels. Ce projet ne fut cependant pas adopté, car la commission de réforme fit valoir que le droit d'aliénation à titre onéreux des immeubles était indispensable pour assurer la protection de la femme laborieuse : « La commission pense, disait M. Guillier (21), que si on veut entrer dans la voie d'une réforme sérieuse, si on veut donner à la femme sur les produits de son travail une liberté complète, si on veut la soustraire à la domination fâcheuse d'un mari débauché ou dissipateur, il

(20) Cf. Gilles DALIMIER, *op. cit.*, n° 429.

(21) Cité par MORIN, *op. cit.*, p. 242.

faut aller jusqu'à lui concéder le droit d'aliéner ce qu'elle a personnellement gagné. »

D'autres auteurs ont regretté que la loi de 1907 n'ait pas reproduit les règles admises dans le canton de Neuchâtel et en Belgique où la femme ne peut disposer des biens compris dans son pécule que pour les besoins du ménage et dans l'intérêt commun. Cependant, comme le remarquait M. Turgon (22), « il ne faut guère croire à l'efficacité positive de la réserve écrite dans la loi belge ». D'ailleurs, dans la loi belge, les termes « besoins du ménage » avaient un sens très large. « Par besoins du ménage, déclarait le ministre de la Justice de Belgique, il convient d'entendre les besoins de la femme, de son entretien comme de l'entretien et de l'éducation des enfants, en un mot tout ce qu'exigent les nécessités de la famille. »

Si la loi de 1907 accordait à la femme la libre disposition à titre onéreux de ses biens réservés, cette prérogative ne revêtait pas un caractère absolu. Aux termes de l'article 2 de la loi, si elle n'exerçait pas ses pouvoirs « dans l'intérêt du ménage », le mari pouvait s'adresser à la justice pour en obtenir le retrait, soit en tout, soit en partie. Le retrait partiel pouvait ne porter que sur les droits de disposition et laisser intacts ceux d'administration, ou se borner à restreindre les pouvoirs de la femme par rapport à tels ou tels actes limitativement déterminés. Certains auteurs (23) n'ont pas manqué de critiquer cette disposition qu'ils considéraient comme « un illogisme de la loi ». « Au lieu de considérer la femme comme franchement capable sur ses biens réservés, la loi la considère comme une sorte de mineure qui ne bénéficierait que d'une émancipation révocable. L'*imbécillitas sexus* apparaît comme une conception qui, en plein XX^e siècle, peut encore hanter le cerveau des législateurs » (24). C'était oublier le but même du retrait qui n'était pas de maintenir la femme dans son rôle d'éternelle mineure, mais qui tendait à soumettre ses pouvoirs à l'intérêt supérieur de la famille.

359. — C'est pourtant cette liaison entre l'incapacité et le retrait qui a prévalu, puisque le législateur de 1938, en abolissant l'incapacité de la femme mariée, a cru nécessaire de faire disparaître le retrait. Désormais, les principes séparatistes prédominent; la femme peut aliéner les biens réservés à titre onéreux et, nous le verrons, à titre gratuit dans un but purement égoïste et même pour porter atteinte à l'intérêt supérieur de la famille.

Sous le régime de communauté, le déséquilibre entre les pouvoirs du mari et ceux de la femme sur les biens communs est particulièrement choquant. Le mari peut disposer seul à titre onéreux des biens communs ordinaires, mais il ne peut le faire que

(22) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1902, p. 74.

(23) LALOU, *op. cit.*, pp. 138 et suiv.; PICHON, *op. cit.*, p. 234.

(24) LALOU, *op. cit.*, pp. 138-139, n° 59.

dans l'intérêt de la famille. La théorie de la fraude, dégagée par la jurisprudence à la suite de notre ancien droit, permet à la femme de faire annuler les actes passés par le mari dans un but purement égoïste. Au contraire, sur les biens réservés qui font partie de la communauté, la femme possède un droit de disposition absolu.

La réforme des régimes matrimoniaux devrait consister non pas à supprimer la catégorie juridique des biens réservés, mais à limiter l'introduction des principes séparatistes, en accordant au mari le droit de faire annuler les actes de la femme qui sont en contradiction avec l'intérêt de la famille. Nous en avons déjà rencontré plusieurs applications, notamment en cas d'aliénation par la femme commune de ses biens personnels et en cas d'opposition du mari à l'exercice d'une profession séparée. Nous devrions ici retrouver cette sanction. Mais alors que, dans les autres cas, une intervention législative n'était pas nécessaire, puisque l'action en nullité pouvait se déduire des principes généraux, pour les biens réservés, au contraire, elle apparaît indispensable, en raison des termes formels de l'article 224, alinéa 2, du Code civil : « Elle (la femme) a sur les biens qui lui sont ainsi réservés les droits de disposition que la femme séparée de biens par contrat possède sur ses biens personnels. »

360. — Actuellement, le seul obstacle que rencontre la femme dans l'exercice de ses pouvoirs de disposition à titre onéreux vient de la présomption d'acquêt. L'acquéreur est en droit d'exiger qu'elle fasse la preuve du caractère réservé du bien aliéné, en établissant qu'elle exerce ou qu'elle a exercé une profession séparée et que le bien a pour origine l'exercice de cette profession. Lorsque la femme n'a pas pris la précaution de se ménager cette preuve, elle est dans l'obligation de solliciter l'intervention du mari qui, par le biais de l'attestation du caractère réservé du bien, se trouve juge de la conformité de l'acte avec l'intérêt de la famille.

II. — Les aliénations à titre gratuit

361. — Depuis 1907, il ne fait aucun doute que la femme commune en biens puisse léguer des biens compris dans son patrimoine réservé. De droit commun, en effet, la femme mariée incapable pouvait tester sans l'autorisation de son mari (art. 226 ancien, C. civ.) et on a toujours admis qu'elle pouvait disposer par testament de sa part dans la communauté, le legs ne prenant effet qu'à son décès, c'est-à-dire à un moment où le régime matrimonial est obligatoirement dissous. Seule l'exécution du legs soulève certaines difficultés. Si les héritiers de la femme commune acceptent la communauté, les biens réservés font partie de la masse à partager et le legs de biens réservés ne peut s'exécuter en nature que si les biens légués sont mis dans le lot des héritiers de la femme; dans

le cas contraire, il faut appliquer, par analogie, l'article 1423 du Code civil : « Le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet donné. » Si la femme laisse des héritiers en ligne directe qui renoncent à la communauté, l'exécution du legs ne présente aucune difficulté, puisqu'ils reprennent en nature la totalité des biens réservés. Il n'en est pas de même lorsque la femme ne laisse que des héritiers en ligne collatérale qui renoncent à la communauté. Aux termes de l'article 1462, alinéa 2, du Code civil, les biens réservés entrent dans la masse commune et deviennent la propriété exclusive du mari. Le legs de la femme ne peut donc plus être exécuté ni en nature ni en valeur, il est nul comme portant sur la chose d'autrui (art. 1021, C. civ.) (25).

362. — La loi du 13 juillet 1907 n'accordait pas à la femme exerçant une activité séparée la possibilité d'effectuer des donations entre vifs des biens réservés (art. 1^{er}, al. 4, de la loi, *a contrario*). Sur ce point, elle ne faisait que reprendre la solution admise par tous les projets qui avaient été déposés antérieurement. Il n'y avait d'exception que pour les présents et cadeaux d'usage qui constituent plutôt des charges sociales que des libéralités. La femme exerçant une profession séparée était donc défavorisée par rapport à la femme séparée de biens qui pouvait disposer à titre gratuit des revenus de ses propres et par rapport au mari qui, avec les biens communs ordinaires, pouvait consentir des libéralités modiques et doter des enfants communs (art. 1422 ancien, C. civ.). Cette restriction aux pouvoirs de la femme sur les biens réservés correspondait cependant au but poursuivi par le législateur de 1907 qui avait voulu uniquement soustraire les économies provenant du travail de la femme aux dilapidations du mari et lui permettre de constituer une sorte de fonds de garantie en cas d'insolvabilité de la communauté (26).

363. — La loi du 19 mars 1919 devait créer une première brèche à la restriction des pouvoirs de la femme. Elle lui permettait, en effet, d'aliéner à titre gratuit ses biens réservés au profit « des œuvres d'assistance publique ou privée et des œuvres ayant plus spécialement pour objet le développement de la natalité et la protection de l'enfance et des orphelins de la guerre », pourvu qu'elle n'ait ni enfants ni descendants et qu'elle soit âgée d'au moins quarante-cinq ans. Cette disposition était édictée, au lendemain de la guerre, pour aider les institutions de bienfaisance, mais il apparaissait singulier de faire dépendre les pouvoirs de la femme de son âge et de sa situation de famille (27).

(25) LALOU, *op. cit.*, p. 116, n° 46.

(26) BEUDANT, T. X, n° 228, p. 187; JOSSEMAND, T. III, n° 179, p. 109; PLANIOL et RIPERT, T. IX, par NAST, n° 1343, pp. 868-869.

(27) Jean EPERON, *Les donations de biens communs sous les régimes de communauté conjugale*, thèse Alger, 1949, p. 129.

364. — La loi du 18 février 1938 laissa subsister la loi du 13 juillet 1907 dans sa majeure partie et la loi du 19 mars 1919, mais elle abrogea l'article 905 du Code civil qui interdisait à la femme mariée d'effectuer des donations entre vifs sans l'assistance de son mari ou sans y être autorisée par justice. Certains auteurs (28), se prévalant de l'abrogation de l'article 905, admirèrent la possibilité pour la femme mariée d'effectuer seule des donations de biens réservés. D'après eux, l'interdiction résultant de la loi de 1907 était une conséquence de l'incapacité qui devait disparaître avec elle; au surplus, il y aurait une *inelegantia juris* à accorder à la femme moins de droits sur les biens réservés, acquis par son travail, que sur ceux qui lui étaient échus par succession alors que les lois de 1907 et de 1919 avaient établi pour les biens réservés un statut de faveur qui, si on le maintenait, devenait un statut de rigueur. Cette opinion n'avait cependant pas prévalu et la majorité de la doctrine se déclarait partisans du maintien du système antérieur (29). La loi du 18 février 1938, en effet, n'avait pas touché au statut des régimes matrimoniaux auquel les dispositions de la loi de 1907, modifiées par celles de la loi de 1919, se rattachaient étroitement; si elle avait abrogé expressément certains articles de la loi de 1907 (art. 1, al. 5, art. 2 et 6 à 10), elle avait laissé subsister les alinéas 3 et 4 de l'article premier, d'où l'on déduisait l'interdiction pour la femme de disposer à titre gratuit des biens réservés; enfin, la différence de pouvoirs sur les biens propres et sur les biens réservés s'expliquait par le fait que les biens réservés sont des biens communs.

365. — La loi du 22 septembre 1942 a mis fin à ces controverses, en déclarant dans l'article 224, alinéa 2, du Code civil, que la femme « a sur les biens qui lui sont ainsi réservés les droits de disposition que la femme séparée de bien par contrat possède sur ses biens personnels ». Celle-ci ayant désormais sur ses biens personnels les pouvoirs les plus larges, comprenant aussi bien le droit de disposition à titre onéreux que le droit de disposition à titre gratuit, la femme qui possède des biens réservés a donc également le pouvoir d'effectuer des donations entre vifs; elle peut ainsi dilapider à son gré les biens réservés qui constituent des biens

(28) ANCEL, *Traité de la capacité de la femme mariée*, n° 65; Charlotte BILLION, *La capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938 et son influence sur les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1939, pp. 52 et suiv., n° 96 et suiv.

(29) Hubert DE LA MASSUE, « Influences d'une entière et juste perspective de la loi du 13 juillet 1907 et de la loi du 18 février 1938 sur le droit de donner entre vifs des biens réservés », *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1939, pp. 369 et suiv.; JOSSERAND, T. III, n° 179 bis, p. 110; Robert AYNÈS, *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse Paris, 1939, pp. 214 et suiv.; Etienne DARROUZET, *L'exercice d'une profession par la femme mariée*, thèse Paris, 1940, p. 164.

communs et, pour cela, elle n'a besoin ni du concours du mari ni de l'autorisation de justice.

Tous les auteurs qui ont étudié les pouvoirs de la femme commune en biens depuis 1942 ont critiqué cette disposition, en mettant en parallèle les pouvoirs du mari sur les biens communs ordinaires et ceux de la femme sur les biens réservés (30). D'après l'article 1422 du Code civil, le mari ne peut pas disposer entre vifs à titre gratuit, sans le consentement de sa femme, des biens communs ordinaires dont font partie les produits de son travail (31), et cela, même pour l'établissement des enfants communs, alors que la femme peut librement donner ses biens réservés à un tiers.

Cette incohérence est d'autant plus choquante que la reconnaissance à la femme de pouvoirs de disposition à titre gratuit est en contradiction avec l'esprit qui avait inspiré le législateur de 1907. L'institution du pécule avait essentiellement pour but d'assurer l'intérêt de la famille, en permettant à la femme de soustraire aux dilapidations de son mari ses gains professionnels, souvent indispensables pour assurer la subsistance du ménage. La loi de 1942 modifie l'esprit de la réforme, en substituant aux principes communautaires les principes les plus individualistes qui puissent exister, et cela précisément à un moment où l'on entend revenir aux principes communautaires.

La liberté de disposition de la femme se heurte à un obstacle important résultant de la présomption de communauté. Préalablement à toute donation, la femme doit démontrer qu'elle a exercé

(30) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 373, pp. 222-223; RIPERT et BOULANGER, T. III, n° 613, p. 209; SAVATIER, T. III, n° 79, p. 50; VOIRIN, « La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », D.C. 1943, L. 50, et « Législation française en matière de droit privé (25 octobre 1942-24 janvier 1943) », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, pp. 67 et suiv.; DE JUGLART, « Les pouvoirs de la femme commune en biens depuis la loi du 22 septembre 1942 », J.C.P. 1943-I-327, n° 48; Louis MAGUET, « Les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », *Journ. Not.*, 1942, art. 41338, n°s 5 et 10, année 1943, art. 41344, n°s 12 et 16; SOLUS, « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 95, n° 17; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », J.C.P. 1943-I-304, n° 70; Albert CHAVANNE, « Les donations de biens communs et la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, pp. 36 et suiv., spécialement p. 51, n° 23; André ROCHE, *Répercussions de la loi du 22 septembre 1942 sur l'exercice d'une profession séparée par la femme mariée*, thèse Grenoble, 1944, pp. 54 et suiv.; Yves DELETRÉ, *Le pouvoir propre de la femme sur les biens communs et l'équilibre du régime de la communauté*, thèse Lille, 1948, pp. 92 et suiv.; Jean EPERON, *op. cit.*, p. 132; Paul GÉRAUD, *L'étendue de la capacité civile de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Bordeaux, 1948, n° 227.

(31) FRÉJAVILLE, « De la prohibition faite au mari de disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté sans le consentement de sa femme », D. 1945, Chron., pp. 1 et suiv.; DESPIERROIS, « Les donations de biens communs par les deux époux depuis la loi du 22 septembre 1942 », *Rép. prat. not.*, 1953, art. 27190.

ou qu'elle exerce une profession séparée et que le bien qu'elle veut donner fait partie de son pécule, ce qui nécessite souvent l'intervention du mari. Mais il reste que la loi de 1942 a méconnu l'esprit qui a imprégné la constitution du pécule, à savoir la satisfaction des besoins et des intérêts du ménage. D'autre part, il ne faut pas oublier que les biens réservés sont des biens communs qui appartiennent pour moitié au mari et à la femme. Il faut donc souhaiter une réforme législative qui revienne aux dispositions de la loi de 1907, en exigeant le concours des deux époux aux donations de biens réservés.

SECTION III

LES OBLIGATIONS

366. — Les lois de 1907 et de 1942 sont manifestement inspirées par le désir d'octroyer le plus de pouvoirs possible à la femme sur les biens réservés et elles accordent un droit de poursuite sur les biens réservés à tous les créanciers personnels de la femme. Ces deux lois, cependant, manifestent que la constitution du pécule a été inspirée par la volonté de mettre les gains de l'épouse à l'abri des dilapidations du mari, pour que puisse être assurée la subsistance du ménage, en faisant répondre les biens réservés des dettes contractées dans l'intérêt du ménage.

L. — Les obligations personnelles de la femme.

367. — La loi du 13 juillet 1907 reconnaissait déjà à la femme la possibilité d'obliger librement les biens réservés. Bien que cette liberté ne fut pas inscrite expressément dans la loi, elle résultait incontestablement des pouvoirs d'aliénation à titre onéreux que lui reconnaissaient les alinéas 2 et 3 de l'article premier et l'alinéa 1 de l'article 3 qui déclarait que « les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers ». Il en découlait que l'assimilation faite par l'alinéa 1 de l'article premier entre la femme possédant un pécule et la femme séparée de biens était en partie inexacte, puisque cette dernière ne pouvait pas aliéner seule ses immeubles (art. 1449 et 1538 anciens) et que, d'après l'opinion dominante, elle ne pouvait aliéner ses meubles que dans la mesure où cette aliénation était justifiée par les nécessités de l'administration.

Tout d'abord, le pécule répondait des dettes contractées par la femme commune en biens antérieurement au mariage, sans qu'il soit nécessaire que les créanciers produisent un titre ayant date certaine conformément à l'article 1410 du Code civil. Il existe

pourtant une décision de justice de paix (32) qui a refusé aux créanciers, « nonobstant les dispositions de la loi de 1907 », le droit de saisir les salaires de la femme « pour une dette contractée antérieurement à son mariage ». Ce jugement fut critiqué par la majorité de la doctrine qui a fait remarquer que l'article 1410 qui a pour but d'empêcher la femme d'engager frauduleusement la communauté, ne pouvait s'appliquer ici, puisque la loi de 1907 reconnaissait aux créanciers de la femme, sans distinction, le droit de saisir les biens réservés (33).

En principe, toutes les obligations de la femme postérieures au mariage, qu'elles soient contractuelles, délictuelles ou quasi délictuelles, qu'elles soient ou non motivées par l'exercice de la profession, étaient exécutoires sur les biens réservés. Certains contrats prêtaient cependant à discussion et il en était notamment ainsi du cautionnement accordé par la femme au profit de son mari. Lors de la discussion de la loi de 1907, son rapporteur à la Chambre avait déclaré : « Qu'arriverait-il si la femme consentait à donner sa signature à un des créanciers personnels de son mari, à un cabaretier par exemple ? C'est là la plus grande difficulté que recèle la loi, car elle est muette sur ce point pourtant très important. Nous estimons que la signature que donnerait la femme à un créancier de ce genre devrait être considérée comme nulle, d'une nullité d'ordre public. En effet, il ne servirait à rien de dire dans l'article premier que la femme ne peut pas renoncer au bénéfice de la loi si, dans chaque cas particulier, elle avait la possibilité de consentir à la violation de la loi » (34). L'interprétation de M. Viollette lui est restée personnelle, elle a été repoussée par la doctrine et par le rapporteur au Sénat dans les termes suivants : « Si la cause de l'engagement de celui-ci (le mari) est légitime et avouable, ils (les créanciers personnels du mari) prendront la précaution d'exiger le concours de l'épouse » (35). Il n'est pas douteux, en effet, que la femme, incapable de cautionner son mari, n'en aurait pas moins conservé le droit d'aliéner ses biens réservés pour payer les dettes de celui-ci. La protection qu'on voulait accorder à la femme se serait finalement retournée contre elle, en provoquant une aliénation hâtive de biens réservés.

368. — La loi du 22 septembre 1942 consacre la possibilité pour la femme mariée d'obliger les biens réservés, sans le concours du

(32) Trib. paix Paris, 7 juillet 1911, *La Loi*, 31 juillet 1911, *Mon. jud. Lyon*, 21 août 1911.

(33) BAUDRY-LACANTINERIE, T. III, pp. 180-181; PICHON, *op. cit.*, p. 48; LECOURTOIS et SURVILLE, *op. cit.*, p. 30; LALOU, *op. cit.*, p. 147; MARGAT, *op. cit.*, p. 219.

(34) Rapport de M. VIOLETTE à la Chambre des députés, D. 1907-IV-150, J.O., Ch. des dép., *Doc. parl.*, Annexes 1907, n° 1128, p. 961.

(35) J.O. 1907, *Doc. parl. Sénat*, Annexes n° 77, p. 15; dans le même sens : PICHON, *op. cit.*, pp. 42-45; LECOURTOIS et SURVILLE, *op. cit.*, n° 32 bis; MORIN, *op. cit.*, pp. 268-269; LALOU, *op. cit.*, pp. 127-130; MARGOT, *op. cit.*, pp. 249-250.

mari, pour n'importe quelle dette personnelle (art. 224, al. 2). Avec son pécule, la femme commune en biens se trouve à la tête d'un moyen de crédit important qui s'ajoute à celui fourni par la pleine propriété de ses biens personnels. Les créanciers qui ont traité avec elle dans un but non professionnel, ont avantage à saisir les biens réservés plutôt que le patrimoine personnel de la femme, car ils échappent ainsi au contrôle du chef de la communauté. En effet, si la femme commune en biens a la possibilité d'aliéner ou d'obliger seule la pleine propriété de ses biens personnels, elle ne peut le faire qu'à la condition que l'acte passé soit conforme à l'intérêt de la famille. Au contraire, la loi du 18 février 1933 a supprimé le droit de retrait que la loi de 1907 avait accordé au mari lorsque la femme abusait de ses pouvoirs sur ses biens réservés. Désormais, la femme peut obliger son pécule pour porter atteinte à l'intérêt de la famille, ses pouvoirs procèdent directement des principes séparatistes. La solution admise par les lois de 1938 et de 1942 est éminemment critiquable, car le droit de poursuite sur les biens réservés des créanciers du ménage risque d'être illusoire, la femme ayant la possibilité de dilapider ses gains professionnels.

II. — Les dettes contractées dans l'intérêt du ménage.

369. — Tout en créant la catégorie juridique des biens réservés et en accordant sur eux de larges pouvoirs à la femme, la loi de 1907 a entendu ne pas porter atteinte aux droits des créanciers du ménage et elle a décidé dans son article 3 que « les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers. Ils pourront l'être aussi par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage alors que, d'après le régime adopté, ils auraient dû, antérieurement à la présente loi, se trouver entre les mains du mari » (36).

Un débat important s'était élevé en doctrine sur le sens qu'il convenait de donner à l'expression « biens se trouvant antérieurement entre les mains du mari ». Si aucune difficulté n'existait au

(36) Sur la base de ce texte, certains auteurs, dont M. NAST (PLANIOL, RIPERT et NAST, T. IX, n° 1368), avaient soutenu que le législateur était intervenu pour consacrer la théorie du pouvoir propre de la femme en matière de dettes ménagères. Ils basaient leur argumentation sur le fait que les créanciers qui ont contracté avec le mari dans l'intérêt du ménage possédaient un gage moins étendu que celui qu'ils auraient eu en contractant avec la femme. Pour la réfutation de cette théorie, voir M. Jacques BOUTARD (*Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse Caen, 1946, pp. 88 et suiv.), qui montre que la différence de traitement qui pouvait exister entre les créanciers du mari et ceux de la femme s'expliquait par la possibilité pour cette dernière, après 1907, de s'engager personnellement sur ses biens réservés dans l'intérêt du ménage. S'il n'y avait pas eu engagement personnel de la femme, les créanciers du mari comme ceux de l'épouse avaient le même gage.

sujet des biens qui, antérieurement à 1907, faisaient partie de la communauté et devaient donc être soumis aux poursuites des créanciers du ménage ayant traité avec le mari, il n'en était pas de même au sujet des biens qui, comme l'indemnité allouée à la femme victime d'un accident du travail, auraient constitué des propres. Certains auteurs, se fondant sur le fait que le mari en avait auparavant l'administration et les avait « entre ses mains », soutenaient qu'ils devaient être soumis aux poursuites des créanciers du ménage (37). Il ne semble cependant pas que telle ait été la pensée du législateur qui n'avait pas voulu accroître le gage des créanciers du ménage, mais simplement leur conserver celui dont ils disposaient antérieurement (38). Quoi qu'il en soit, la loi du 22 septembre 1942 a mis fin à la controverse en décidant dans l'article 225, alinéa 2, que « les créanciers du mari ou de la communauté peuvent également exercer leurs poursuites sur les biens réservés, lorsqu'ils établissent que l'obligation a été contractée dans l'intérêt du ménage ». Ainsi se trouve supprimée toute distinction parmi les biens réservés : ils répondent tous des dettes du ménage contractées par le mari ou par la femme par représentation de celui-ci. Cette solution s'explique par le fait qu'à l'intérieur du passif des époux, les dettes qui ont pour raison d'être la subsistance du ménage, occupent une place privilégiée.

370. — Il existe cependant d'autres questions qui n'ont pas été tranchées par la loi de 1942 et qui continuent à diviser la doctrine. Ainsi en est-il, tout d'abord, du sens qu'il convient d'attribuer à l'expression « obligation contractée dans l'intérêt du ménage ». Le législateur de 1907 semblait considérer la question comme facile à résoudre et le rapporteur à la Chambre s'était borné à dire : « On ne considère pas comme contractées dans l'intérêt du ménage les dettes de cercle ou de cabaret. » C'était par trop simplifier la question. A en croire certains auteurs (39), qui s'appuient sur le fait que le législateur n'emploie pas la même expression lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue du mandat domestique de la femme, l'article 225 du Code civil viserait toutes les obligations contractées dans l'intérêt commun, en vue d'assurer la prospérité du ménage et non pas seulement celles qui sont contractées pour assurer la subsistance de la famille. En conséquence, entreraient dans ce groupe les dépenses engagées par la femme pour accroître ou conserver le pécule, celles engagées par le mari dans l'exercice d'une profession, telles que l'achat d'une entreprise, d'un matériel d'exploitation, etc.

(37) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 51.

(38) AUBRY et RAU, par BARTIN, § 509, note 28 bis; Jacques BOUTARD, *op. cit.*, p. 274.

(39) PLANIOL, RIPERT et NAST, T. IX, n° 1337; PICHON, *Rev. crit.*, 1908, p. 228; THOMAS, *op. cit.*, pp. 97-99; MARGAT, *op. cit.*, pp. 236 et suiv.

La majeure partie de la doctrine (40) s'est élevée contre cette interprétation car, pour l'admettre, il faudrait décider que le législateur de 1907, comme celui de 1942, ont entendu détourner l'expression de son sens habituel. L'exception admise par le législateur à la séparation du passif ne peut concerner que la catégorie d'actes qui ne se rattachent pas à la gestion d'un patrimoine, mais à la subsistance du ménage, car ces lois ont pour but d'assurer à chacun des conjoints une indépendance complète dans l'administration des patrimoines qui se trouvent entre leurs mains.

371. — La loi de 1942, pas plus que ne le faisait la loi de 1907, ne spécifie dans quel ordre les créanciers pour dettes du ménage doivent exercer leurs poursuites. Lors de l'élaboration de la loi de 1907, une proposition Grosjean stipulait que les biens réservés ne pouvaient répondre des dettes ménagères qu'en cas d'insuffisance des biens communs ordinaires et des propres du mari. Cette disposition ne fut reproduite ni dans la loi de 1907, ni dans celle de 1942. Certains auteurs (41) ont cependant soutenu que l'action sur les biens réservés des créanciers qui ont contracté des dettes ménagères avec le mari ou avec la femme par représentation du mari, n'était que subsidiaire, puisque l'obligation pèse à titre principal sur le chef du ménage. Cette opinion s'appuie, en outre, sur le fait que la femme qui administre ses biens réservés a déjà dû remettre au mari sa part contributoire aux charges du ménage. Une telle opinion ne peut être retenue, car elle méconnaît le caractère juridique des biens réservés qui, sous le régime de communauté, sont des biens communs destinés, eux aussi, à assurer le paiement des dettes du ménage, et la jurisprudence qui, sous les régimes séparatistes, condamne solidairement les deux époux au paiement de ces dettes (42). La plus grande liberté est donc laissée aux créanciers qui exercent leurs poursuites comme ils l'entendent. Ils peuvent, certes, se contenter du gage que leur offrent la communauté ordinaire et les propres du mari, mais il est à penser qu'ils préféreront exercer leurs poursuites contre le pécule de la femme, lorsque celui-ci est important ou, mieux encore, contre les deux conjoints.

Les solutions dégagées à propos du droit de poursuite des créanciers du ménage contre les biens réservés montrent que, dans la pensée du législateur, la constitution du pécule n'a pas eu simplement pour but la satisfaction des intérêts individualistes de la femme mais, bien plutôt, celle des intérêts communs du ménage.

(40) LALOU, *op. cit.*, p. 355; GUYON, *op. cit.*, pp. 119-120; COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 51; AUBRY et RAU, par ESMEIN, T. VII, § 500 bis, note 13; Jacques BOUTARD, *op. cit.*, pp. 154 et suiv.

(41) COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, T. III, n° 51; Georges DÉLUCENAY, *De la représentation de l'un des époux par l'autre*, thèse Dijon, 1947, p. 61.

(42) Jacques BOUTARD, *op. cit.*

Il est, dès lors, permis de regretter que la loi de 1942 ait rompu l'équilibre créé par la loi de 1907, en autorisant la femme à dilapider les biens réservés pour les soustraire à l'action des créanciers communs.

SECTION IV

LES ACQUISITIONS

372. — Le patrimoine réservé ne comprend pas seulement les gains et salaires de la femme, mais aussi les économies en provenant et les acquisitions réalisées au moyen de ces économies. L'article premier de la loi du 13 juillet 1907 précisait, en effet, que la femme pouvait faire emploi de ses gains et économies « en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières », et l'article 224 du Code civil, dans une formule générale, déclare que « les biens acquis par l'exercice de son activité professionnelle sont, sous tous les régimes, réservés à son administration et à sa jouissance pendant la durée du mariage ». Mais il ne suffit pas de constater que les acquisitions réalisées par la femme exerçant une profession séparée peuvent faire partie du patrimoine réservé, il importe surtout d'en préciser les conditions et, à ce sujet, une comparaison avec les pouvoirs de la femme commune en biens ordinaire sur ses biens personnels est fort instructive.

Les acquisitions réalisées par la femme commune en biens qui n'exerce pas une profession séparée font, en principe, partie de la communauté ordinaire, même si ces acquisitions ont été réalisées avec des fonds provenant de l'aliénation d'un bien personnel. Cette solution résulte indiscutablement de l'article 1401, alinéa 3, du Code civil qui fait entrer en communauté « tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage ». Les exceptions à cette règle sont peu nombreuses, elles sont énumérées par les articles 1404 et suivants du Code civil. Les principales résultent du jeu de la subrogation réelle et elles ne présentent un intérêt certain pour la femme qui si l'on repousse l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit. Surtout, lorsque la femme commune en biens ordinaire n'exerce pas une profession séparée, la subrogation réelle ne joue pas de plein droit, elle est subordonnée à l'accomplissement d'un certain nombre de formalités qui en rendent l'utilisation difficile.

Cette sévérité du Code civil s'explique par le désir de faire échec aux préoccupations individualistes des conjoints. Et cette idée fondamentale se retrouve même en cas d'introduction de principes séparatistes sous le régime de communauté, telle que par l'adjonction d'une société d'acquêts au régime de séparation de biens. Le principe de l'entrée en communauté des acquisitions réalisées à titre onéreux durant le mariage s'applique, ici encore, dans

toute sa rigueur et les exceptions admises sont les mêmes que sous la communauté ordinaire.

373. — La sévérité du Code civil, en matière d'acquisitions, ne disparaît qu'à propos du patrimoine réservé car, alors, il ne s'agit plus de biens qui doivent accroître un patrimoine propre, mais de biens qui viennent s'incorporer à la communauté. Pas plus que ne le faisait la loi de 1907, l'article 224 du Code civil ne subordonne l'entrée dans le patrimoine réservé des acquisitions réalisées par la femme à l'accomplissement de certaines formalités. La subrogation réelle joue de plein droit; dès lors que le bien acquis est payé au moyen de fonds réservés, il entre dans la masse réservée (43). La femme doit simplement établir l'origine des fonds qu'elle verse; cette preuve est certes difficile à administrer, elle n'est cependant pas impossible, puisque la femme a la possibilité de se la ménager.

Cette extrême facilité édictée en matière d'acquisitions n'est cependant admissible qu'à condition que les biens réservés fassent vraiment partie de la masse commune et qu'ils soient, en conséquence, partagés entre les époux à la dissolution du régime. Or, il n'en est pas toujours ainsi, puisque la femme qui renonce à la communauté reprend la totalité de son pécule franc et quitte de toutes charges, sauf celles qui ont été contractées par le mari dans l'intérêt du ménage et exceptées aussi toutes les dettes de la femme qu'elles aient ou non leur origine dans l'exercice d'une profession séparée. En édictant cette disposition, les lois du 13 juillet 1907 (art. 5, al. 2) et du 22 septembre 1942 (art. 1462, C. civ.) ont créé un déséquilibre choquant entre le mari et la femme, puisque le mari, l'intérêt du ménage et exceptées aussi toutes les dettes de la femme, peut toujours participer aux produits du travail de son mari. La solution la plus équitable consisterait à dénier à la femme qui renonce le droit de reprendre ses biens réservés.

SECTION V

LES ACTIONS EN JUSTICE

374. — Pour que la femme mariée profite pleinement des pouvoirs qui lui sont conférés sur le patrimoine réservé, il est

(43) ESMEIN, sur AUBRY et RAU, T. VII, § 500 *bis*, texte et note 9-3; DE JUGLART, « Les pouvoirs de la femme commune en biens depuis la loi du 22 septembre 1942 », J.C.P. 1943-I-327, n° 48; FRÉJAVILLE, « Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours du mari », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, pp. 242-243, n° 31; Michel Riou, *Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1952, p. 62; Dijon, 28 novembre 1935, *Journ. Not.*, 1936, p. 319; Douai, 3 avril 1939, *Rec. Douai*, 1940, p. 65; Trib. civ. Caen, 7 juillet 1943, J.C.P. 1944-II-2524, note VOIRIN; Aix, 20 juillet 1943, G.P. 1943-II-216, D. 1946, p. 232, note TUNC; Alger, 31 mai 1948, J.C.P. 1948-IV-126; Nancy, 12 juin 1952, G.P. 1952-II-121.

indispensable qu'elle soit pleinement indépendante pour tous les actes relatifs à son travail et notamment pour l'exercice des actions en justice. Aussi l'article 6 de la loi du 13 juillet 1907 décidait-il que « la femme pourra ester en justice sans autorisation, dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi ». Ce texte constituait une dérogation certaine à l'incapacité de la femme mariée d'ester en justice qui était contenue dans l'article 215 du Code civil.

L'article 6 de la loi de 1907 ne parlait que du droit d'ester en justice, c'est-à-dire d'intenter des actions devant les tribunaux ou de défendre aux actions intentées contre elle, mais il était admis par tous les commentateurs de la loi qu'elle avait le droit de faire seule tous les autres actes judiciaires, tels que l'acquiescement, le désistement, la participation à une procédure d'ordre ou la surenchère (44). Les tribunaux, eux aussi, interprétaient le texte d'une manière large et ils l'étendaient notamment aux instances relatives aux accidents du travail, estimant que ces instances portaient sur les produits du travail en tendant à la représentation pécuniaire de la partie du salaire que l'accident faisait perdre à la victime (45).

Cette disposition était surtout intéressante pour la femme mariée commerçante qui, dès avant 1907, en raison de l'autorisation générale qu'elle avait reçue de faire le commerce, jouissait de pouvoirs étendus qui allaient jusqu'à lui permettre d'hypothéquer ou d'aliéner ses immeubles propres (art. 7, C. com.), mais non de faire valoir seule ses droits devant les tribunaux. « Les rédacteurs du Code n'ont pas cru, écrivait Demolombe (46), que le pouvoir accordé à la femme de faire le commerce dût avoir pour moyen ou pour conséquence le pouvoir de plaider. Un procès, après tout, n'est jamais en soi un acte d'administration ni un acte de commerce; et c'est un fait assez grave et qui doit être assez rare, pour que l'avantage que présente toujours la règle de l'autorisation ne soit alors balancé par aucun inconvénient. »

Après la loi de 1907, il n'y avait doute que sur la question de savoir s'il fallait donner à la femme mariée commerçante le droit d'ester en justice pour *tous* les actes relatifs à son commerce. La plupart des auteurs répondaient cependant affirmativement en déclarant que le profit commercial ne résultait pas seulement, comme le salaire, d'un contrat déterminé, mais d'un ensemble d'opérations heureuses ou malheureuses; lorsque la femme plaide à l'occasion d'un négoce, elle recherche un bénéfice et fait un des

(44) LALOU, *op. cit.*, p. 104, n° 39; MORIN, *op. cit.*, pp. 273 et suiv.; MARGAT, *op. cit.*, pp. 117 et suiv.; André VEAUX, *op. cit.*, p. 45, n° 29.

(45) Trib. civ. Seine, 26 mars 1908, D. 1909-II-17; Trib. civ. Seine, 22 février 1912, D. 1913-II-17; Trib. civ. Bordeaux, 9 novembre 1908, D. 1909-V-18; *contra* : Trib. paix Nice, 4 mars 1910, D. 1910-II-117.

(46) DEMOLOMBE, T. IV, n° 137.

nombreux actes nécessaires pour y arriver (47). L'adoption de ce point de vue entraînait la reconnaissance à la femme commerçante du droit de transiger et de compromettre seule pour tous les actes relatifs à son négoce.

375. — Ces incertitudes ont été levées par les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 qui, en abrogeant les dispositions de l'article 215 du Code civil, ont reconnu la capacité à toute femme mariée d'ester en justice. De plus, bien que l'article 224 du Code civil ne fasse pas allusion aux actions en justice, il ne fait aucun doute que l'assimilation des pouvoirs de la femme exerçant une profession séparée à ceux de la femme séparée de biens, lui confère la qualité nécessaire. Comme la femme qui exerce une profession séparée possède, en règle générale, des ressources suffisantes pour payer les frais des procès et les condamnations qui peuvent être prononcées contre elle, on peut dire que sa capacité est vraiment complète, ceci à la différence de la femme commune en biens ordinaire qui, pour les litiges relatifs à ses propres, doit souvent faire intervenir son mari, même lorsqu'elle a qualité pour agir seule.

376. — L'étude des pouvoirs de la femme commune en biens sur le patrimoine réservé montre la nécessité d'une réforme. En effet, il faut bien reconnaître que la loi du 22 septembre 1942, en assimilant les pouvoirs de la femme commune en biens sur le pécule à ceux de la femme séparée de biens sur ses biens personnels, a méconnu les exigences de l'intérêt de la famille. S'il apparaît juste de reconnaître à la femme sur le pécule des pouvoirs d'administration et de disposition à titre onéreux, il est inadmissible qu'elle puisse en disposer à titre gratuit, détournant ainsi le patrimoine réservé de sa raison d'être qui est la satisfaction des intérêts familiaux. Pour les actes de disposition à titre onéreux, on peut regretter que la loi du 18 février 1938 ait abrogé l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907 qui organisait le retrait des pouvoirs de la femme en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion. A notre avis, il faudrait reconnaître au mari le droit de faire annuler les actes de la femme qui sont en contradiction avec l'intérêt de la famille, ainsi que le mari en a le droit en cas d'aliénation par la femme commune en biens de ses propres. Enfin, en admettant que le droit de renoncer à la communauté s'impose encore malgré la reconnaissance à la femme de pouvoirs sur celle-ci, il faudrait décider que la renonciation lui fait perdre le droit de reprendre son pécule. Ainsi se trouveraient conciliés les nécessités

(47) PICHON, *op. cit.*, p. 79; GUYON, *op. cit.*, p. 111; VALÉRY, *op. cit.*, p. 397; Pierre MORIN, *op. cit.*, pp. 277-280; BERNARD et BONNECASE, *préc.*, pp. 8-9; LYON-CAEN et RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 10^e éd., p. 69; Raoul MARGAT, *op. cit.*, pp. 119 et suiv.; *contra* : THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 108; LÉON DESCHAMPS, *op. cit.*, pp. 50-60.

du crédit avec l'intérêt de la famille. Les biens réservés ne pourraient alors avoir comme destination que l'intérêt commun, ils ne risqueraient pas de servir à la satisfaction des buts égoïstes de la femme.

Conclusion

377. — L'évolution des mœurs depuis le Code civil implique la nécessité d'associer la femme mariée à la gestion des intérêts pécuniaires du ménage. La femme ne peut plus être une éternelle mineure, elle doit être considérée comme une personne au même titre que l'homme, dotée, elle aussi, de prérogatives importantes.

Mais il ne faut pas oublier que l'activité des époux n'a pas pour but la satisfaction d'intérêts personnels, égoïstes; l'union qu'entraîne le mariage les oblige à une collaboration constante afin d'assurer la satisfaction des besoins de la famille qu'ils ont fondée. La capacité reconnue à la femme mariée ne doit donc pas entraîner une dissociation du ménage, elle doit, au contraire, affermir le lien qui unit les conjoints.

Un tel résultat peut paraître difficile à atteindre; il l'est, en effet, et, pour s'en convaincre, il n'y a qu'à étudier les divers projets de réforme élaborés depuis le début du xx^e siècle. Ces projets adoptent tous comme postulat la reconnaissance à la femme mariée de prérogatives importantes, mais ils ne se préoccupent pas tous d'assurer la primauté de l'intérêt de la famille.

C'est pourtant convaincu de la nécessité d'une conciliation des intérêts de la femme mariée et de ceux de la famille, que nous avons entrepris l'étude d'un point particulier de l'activité des époux, espérant que la solution que nous serions amenés à dégager pourrait faire apparaître des lignes directrices susceptibles de recevoir application pour tout ce qui concerne les rapports entre époux. Qu'il nous soit donc permis de préciser les résultats auxquels nous sommes parvenus.

378. — Il nous paraît que le régime de communauté est de l'essence même du mariage, étant seul conforme aux principes naturels qui régissent l'union conjugale et étant impliqué par l'histoire de notre droit matrimonial. Ces raisons expliquent l'échec des divers projets de réforme qui tendaient à substituer au régime de communauté soit un régime purement séparatiste, soit un régime de participation aux acquêts. C'est dans le cadre et sur les bases

de la communauté, sans entamer les principes communautaires eux-mêmes, que la réforme désirable du régime matrimonial de droit commun doit être réalisée. Le but de cet ouvrage a été de montrer que les principes communautaires pouvaient se concilier avec la reconnaissance à la femme de pouvoirs aussi bien sur son patrimoine personnel que sur les biens réservés.

Tout d'abord, en analysant la nature juridique du droit de jouissance de la communauté sur les propres des époux, il nous est apparu que ce droit ne mettait pas obstacle aux pouvoirs de la femme sur son patrimoine personnel. Historiquement, l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit apparaît comme une conséquence de l'incapacité de la femme mariée, elle lui est étroitement subordonnée et elle doit disparaître avec elle. Actuellement, le droit de jouissance ne se justifie que par la nécessité de faire face aux dépenses du ménage. Il en résulte que, toutes les fois qu'ils ne portent pas atteinte au droit de jouissance considéré sous le seul angle de la nécessité de subvenir aux charges du ménage, les actes accomplis par la femme commune en biens sur son patrimoine personnel doivent produire plein effet et être opposables au mari.

Ainsi se trouvent évités les inconvénients pratiques dénoncés par la doctrine et la jurisprudence modernes. Au lieu de ne pouvoir disposer que la nue-propriété de ses biens personnels, la femme commune en biens a la possibilité d'aliéner la pleine propriété de ses propres. Elle peut échanger seule un de ses biens personnels, ou même en effectuer le remploi, n'étant tenue alors que d'accomplir les formalités de publicité prévues par les articles 1434 et 1435 du Code civil. Elle n'a plus besoin de solliciter constamment l'intervention de la justice en se basant sur les articles 217 et 219 du Code civil, intervention qui n'est qu'un remède inadéquat et souvent inefficace à l'absence ou à l'insuffisance des pouvoirs de la femme; ce remède est, en effet, inadéquat, car il tend à créer au-dessus des conjoints une autorité extérieure au ménage qui ne possède souvent pas les éléments nécessaires d'appréciation et il risque, surtout, d'être le prélude à une instance en divorce ou en séparation de corps; ce remède est souvent inefficace, car ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles et limitées qu'il permet à la femme d'assortir sa capacité de pouvoirs.

Mais nous n'avons pas pour autant entendu conférer à la femme commune en biens des pouvoirs discrétionnaires sur ses propres. Il ne faut pas oublier, en effet, que, sous le régime de communauté, l'intérêt de la famille doit prévaloir sur l'intérêt personnel des conjoints. S'il s'avère que la femme n'a agi que dans son intérêt personnel et a porté atteinte à l'intérêt supérieur du ménage, au point de ne plus permettre au mari de faire face aux dépenses du ménage, le chef de la communauté a à sa disposition une action en nullité pour faire anéantir les actes passés par son épouse sur ses propres. Pour reconnaître au mari cette action, il nous a suffi

de procéder à une extension de la théorie de la fraude dont la jurisprudence a fait application, sous le régime de communauté, à propos des biens communs.

De même, doit subsister la présomption de communauté qui constitue un instrument technique au service des pouvoirs prépondérants du chef de la communauté, car elle assure le crédit du ménage en permettant à ses créanciers de saisir n'importe quel bien sans avoir à démontrer, au préalable, que ce bien fait partie de la masse commune. Mais un tel obstacle n'est pas insurmontable pour la femme si la preuve du droit de propriété qu'elle doit fournir n'est pas trop rigoureuse. Or, la loi du 29 avril 1924 a introduit, en la matière, une solution harmonieuse qui sauvegarde véritablement les intérêts des tiers, tout en n'empêchant pas la femme commune en biens d'exercer sa capacité, puisque la présomption d'acquêts ne constitue qu'une présomption simple que la femme peut renverser en établissant soit la date d'acquisition soit l'origine de ses biens. Il faut d'ailleurs remarquer que le champ d'application de cette présomption tend à déborder les régimes communautaires pour s'étendre aux régimes séparatistes, ce qui en montre bien la nécessité.

Avec la solution que nous proposons, il n'est plus besoin d'introduire dans le régime de communauté des principes séparatistes, manifestement en contradiction avec l'intérêt de la famille, puisqu'ils permettent aux conjoints d'administrer et d'aliéner librement leurs biens personnels et font prévaloir leurs intérêts égoïstes. Si ces principes séparatistes facilitent l'exercice des pouvoirs de la femme en lui permettant notamment de se faire ouvrir un compte en banque personnel, il ne fait pas de doute non plus que le conflit incessant qu'ils entraînent avec les principes communautaires soulève de nombreuses difficultés pratiques.

379. — Aussi croyons-nous que les principes que nous avons dégagés à propos des pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel, doivent recevoir application dans tous les rapports pécuniaires entre époux. Nous avons pu les appliquer aux pouvoirs de la femme commune en biens sur le patrimoine réservé. Là encore, il convient que les pouvoirs de la femme soient importants afin de lui faciliter l'exercice pratique de sa profession. Mais les règles formulées par la loi du 22 septembre 1942 méconnaissent l'intérêt de la famille en accordant à la femme commune en biens des pouvoirs discrétionnaires sur les biens réservés. On ne peut que regretter que la loi du 18 février 1938 ait aboli le droit de retrait que la loi du 13 juillet 1907 avait accordé au chef du ménage. Surtout, les biens réservés constituant des biens communs et étant, en tant que tels, destinés principalement à assurer la subsistance du ménage, il apparaît choquant de permettre à la femme d'effectuer des donations sans le concours du mari. Enfin, il est contraire à la logique de permettre à la femme de grever, durant le mariage, la communauté toute entière par ses dettes

professionnelles et de l'autoriser, à la dissolution du ménage, à soustraire de la masse commune ses biens réservés francs et quittes de toutes charges, sauf celles qui ont été contractées par le mari dans l'intérêt du ménage.

380. — Nous estimons encore que les lignes directrices élaborées doivent entraîner une modification des pouvoirs du mari sur les biens du ménage. On ne voit pas pourquoi, en effet, celui-ci disposerait de pouvoirs absolus sur son patrimoine personnel, ce patrimoine devant, lui aussi, être soumis à l'intérêt de la famille. Il faudrait, là encore, admettre une extension de la théorie de la fraude et permettre à la femme de faire annuler les actes de son époux qui tendraient à diminuer les ressources du ménage. Une telle solution existe déjà à propos du patrimoine commun dont le mari n'est plus le chef tout-puissant. Mais alors devraient disparaître les garanties accordées à la femme et qui formaient un contre-poids aux pouvoirs du mari.

381. — L'ensemble de ces propositions doit nous permettre de porter un jugement sur l'avant-projet de Code civil. Celui-ci, dans ses articles 390 et 399, consacre purement et simplement l'assimilation du droit de jouissance à un usufruit, laissant ainsi subsister une des traces de l'ancienne incapacité de la femme mariée. Et pourtant, ses dispositions visaient à instaurer plus de justice entre époux, à leur laisser plus de liberté et à réaliser entre eux plus d'égalité. Il est vrai que l'avant-projet étend considérablement le pouvoir de contrôle de la femme sur le comportement patrimonial de son mari et augmente le nombre des cas où ses dettes peuvent engager le patrimoine commun. Au lieu d'accroître ainsi considérablement les pouvoirs de la femme sur la communauté, au point de gêner les pouvoirs normaux du chef de la communauté, il eût été préférable de commencer par assortir ses pouvoirs sur son patrimoine personnel à sa capacité, en restant dans la ligne directrice de notre communauté traditionnelle.

Plus critiquables encore sont les dispositions de l'avant-projet relatives à l'exercice par la femme d'une profession séparée. L'intérêt de la famille n'y est plus déterminé par le mari qui perd sa qualité de chef, mais par les deux époux qui peuvent, l'un et l'autre, s'opposer à l'exercice d'une profession séparée. La sanction de l'opposition, jugée conforme à l'intérêt de la famille, est purement illusoire, puisque le mari continue à engager ses biens personnels et la communauté, et la femme la « nue-propiété » de ses propres.

Enfin, faisant écho aux critiques formulées à l'encontre de la législation sur les gains professionnels de la femme, l'avant-projet supprime purement et simplement la catégorie juridique des biens réservés pour ne laisser à la femme que le droit de percevoir ses gains et salaires et d'en disposer librement. Cette solution se révèle inacceptable, car, si elle est respectueuse des prérogatives du chef de la communauté, la femme perd la possibilité pratique

d'exercer une profession séparée et, si elle entend faire prévaloir son intérêt personnel, l'avant-projet lui en donne les moyens, en lui permettant de disposer de ses gains et salaires.

En définitive, nous souhaitons que rapidement le législateur intervienne pour réaliser une réforme complète du régime matrimonial de droit commun. Celle-ci devra s'effectuer grâce à une meilleure compréhension des principes communautaires et sans oublier, non plus, que l'intérêt de la famille constitue une règle fondamentale qui doit gouverner non seulement les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel et sur les biens réservés, mais aussi les pouvoirs des deux conjoints sur les divers patrimoines du ménage. Seules ces idées directrices permettront de trouver un équilibre satisfaisant à l'intérieur du régime de communauté.

Vu,
Le Doyen :
H. LEMONNIER.

Vu,
Le Professeur
Président de la thèse :
H. LEMONNIER.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur, Président du Conseil de l'Université :
P. DAURE.

BIBLIOGRAPHIE

I. — ANCIEN DROIT

- BACQUET : *Traité des droits de justice*, éd. 1744.
- BEAUMANOIR : *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, 1899.
- BOUTEILLER : *La Somme rurale*.
- BOURJON : *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris, 1747.
- DUMOULIN : *Les coutumes générales et particulières de la France et des Gaules*, Paris, 1615.
- FERRIÈRE : *Corps et compilations de tous les commentaires anciens et modernes sur la coutume de Paris*, 2^e éd.
- LEBRUN : *Traité de la communauté*, Paris, 1754.
- LEFEBVRE : *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*, T. III, « Le droit des gens mariés », Paris, 1908.
- LEMAIRE : *Origine de la communauté de biens entre époux dans le droit coutumier français*, thèse Paris, 1929.
- LOISEL : *Institutes coutumières*, 3^e éd., Paris, 1611.
- MARCOU : *De l'autorisation maritale au XIII^e siècle comparée à celle du Code civil*, 1900.
- MASSE : *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, thèse Paris, 1902.
- OLIVIER-MARTIN : *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1926.
- POTHIER, *Traité de la communauté*, nouv. éd., Paris, 1806.
- RENUSSON, *Traité des propres*.

II. — DROIT MODERNE

A. — OUVRAGES GENERAUX

- AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, 6^e éd., par ESMEIN, T. VII, VIII et IX, Paris, 1948, 1949.
- BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE : *Traité du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*, 3^e éd., 3 vol., Paris, 1906.

- BELLOT DES MINIÈRES : *Du contrat de mariage*, 4 vol., Paris, 1855.
- BEUDANT, *Cours de droit civil français*, T. X, 2^e éd., par LENOAN, Paris, 1937; T. X bis, par P. RAYNAUD, Paris, 1949.
- CARBONNIER : *Droit civil*, T. I, Paris, 1955.
- COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *Cours élémentaire de droit civil*, 10^e éd., T. I et III, Paris, 1950.
- DELVINCOURT : *Cours de Code civil*, Paris, 1819.
- DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1869.
- DURANTON : *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1828.
- GÉNY : *Science et technique en droit privé*, 1921.
- GUILLOUARD : *Traité du contrat de mariage*, 3^e éd., 4 vol., Paris, 1895.
- HUC : *Commentaire de Code civil*, T. IX, Paris, 1896.
- JOSSERAND : *Cours de droit civil français*, T. I et III, Paris, 1938 et 1940.
- LAURENT : *Principes de droit civil français*, 3^e éd., T. XXI à XXIII, Paris, 1869-1878.
- MAZEAUD : *Leçons de droit civil*, T. I, Paris, 1955.
- PLANIOU et RIPERT : *Traité pratique de droit civil*, 1^{re} éd., T. VIII et IX, par NAST.
- *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., T. VIII, par BOULANGER, Paris, 1957.
- PLANIOU, RIPERT et BOULANGER : *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., T. I et III, Paris, 1951.
- RODIÈRE et PONT : *Traité du contrat de mariage*, 2^e éd., 1868-1869, 3 vol.
- TROPLONG : *Du contrat de mariage*, 4 vol., 1850.
- TOULLIER : *Traité de droit civil*, 6^e éd., 1844-1848.

B. — OUVRAGES SPECIAUX

- AFTALION : *La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires*, 1899.
- ANCEL : *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938*, Paris, 1938.
- *Les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942*, Paris, 1943.
- AYNÈS (R.) : *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse Paris, 1939.
- BARLE : *Le banquier et la femme mariée*, thèse Alger, 1948.
- BASTIAN : *Essai d'une théorie générale de l'opposition*, thèse Paris, 1929.
- BAUDREZ : *Des limites qu'il conviendrait d'apporter aux pouvoirs du mari dans l'administration des biens de la communauté*, thèse Paris, 1905.
- BERNARD : *De la plus-value des propres*, thèse Paris, 1934.
- BERTHEAU : *De la capacité de la femme anglaise*, thèse Paris, 1902.
- BILLION (Ch.) : *La capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938 et son influence sur les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1939.
- BONNECASE : *Mariage et régimes matrimoniaux*, Paris, 1938.
- BOUCHER : *Etude critique de la législation relative aux biens réservés et à la contribution des époux aux charges du ménage*, thèse Paris, 1925.

- BOUTARD : *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse Caen, 1946.
— *Le régime de communauté et la capacité de la femme mariée* (cours de doctorat non publié).
- BRUNEL : *La femme mariée et les charges du ménage (la loi du 13 juillet 1907)*, thèse Montpellier, 1910.
- CALPOUZOS : *La femme commerçante en droit hellénique et en comparaison avec le droit français*, thèse Paris, 1947.
- CARBONNIER : *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, 1932.
- CARLES : *L'habilitation judiciaire des époux*, thèse Toulouse, 1946.
- CHAUVEAU : *Le statut de la femme mariée depuis les lois du 22 septembre 1942 et du 1^{er} février 1943*.
- CHÉRON : *Etude sur l'adage « Uxor non est propria socia, sed speratur fore »*, thèse Paris, 1907.
- CHEVALIER : *L'autorité maritale depuis les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942*, thèse Poitiers, 1943.
- COLOMER : *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux; le mal et ses remèdes*, thèse Paris, 1953.
- CONS (M.-E.) : *La réforme du régime matrimonial de droit commun : le projet Monnerville de 1946*, thèse Paris, 1950.
- DALIMIER : *Les comptes de banque de la femme mariée française*, thèse Paris, 1947.
- DARNEZ : *Le libre salaire de la femme mariée et le mouvement féministe*, thèse Lyon, 1905.
- DARROUZET : *L'exercice d'une profession par la femme mariée*, thèse Paris, 1940.
- DAURIAC : *L'influence de la séparation de fait sur la condition juridique de la femme mariée*, thèse Paris, 1924.
- DELAIE : *La séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Grenoble, 1933.
- DELETRÉ : *Le pouvoir propre de la femme sur les biens communs et l'équilibrium du régime de communauté*, thèse Lille, 1948.
- DELUCENAY : *La représentation de l'un des époux par l'autre*, thèse Dijon, 1947.
- DEPREZ : *Société d'acquêts ou participation aux acquêts sous un régime de séparation de biens*, thèse Lille, 1950.
- DEROZIER (Ginette) : *De la représentation entre époux d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse Bordeaux, 1945.
- DESCHAMPS : *La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907*, thèse Paris, 1909.
- DESSEZ : *De la preuve en matière de reprises matrimoniales*, thèse Caen, 1903.
- DETRUY : *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de la communauté légale*, thèse Grenoble, 1950.
- DEVOS : *Des obligations délictuelles de la femme commune en biens*, thèse Paris, 1936.
- DEWISME (A.) : *Les droits de la femme mariée d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse Lille, 1943.
- DEWISME (P.) : *Le mandat entre époux et la loi du 22 septembre 1942*, thèse Lille, 1943.
- DIANU : *Les biens réservés de la femme mariée*, thèse Paris, 1913.
- DOC : *Les pouvoirs de la femme mariée sous le régime de communauté*, thèse Poitiers, 1903.

- DUPRÉ : *Le libre salaire de la femme mariée et l'obligation aux charges du ménage*, thèse Lyon, 1909.
- ECAL : *La séparation de fait entre époux, ses conséquences à l'égard du ménage et des tiers*, thèse Grenoble, 1939.
- EPERON : *Les donations de biens communs sous les régimes de communauté conjugale*, thèse Alger, 1949.
- FARGEAUD : *De la preuve des reprises mobilières sous le régime de la communauté*, thèse Paris, 1925.
- FAUDAIS : *La séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Caen, 1949.
- FAURE : *Une nouvelle étape vers l'organisation institutionnelle de la gestion familiale*, thèse Toulouse, 1945.
- FEUVRIER : *De l'adjonction à la communauté de clauses tirées des autres régimes matrimoniaux*, thèse Rennes, 1914.
- FOURNIER : *La défense et la réforme du régime de la communauté légale*, thèse Paris, 1946.
- GAUTHIER : *La notion actuelle du mari chef de la famille*, thèse Aix-Marseille, 1947.
- GÉRAUD : *L'étendue de la capacité de la femme mariée sous le régime de la communauté*, thèse Bordeaux, 1948.
- GIDE : *Etude sur la condition privée de la femme*, 1885.
- GIRAUD : *L'apparence, source de responsabilité*, thèse Caen, 1937.
- GOURJON : *Des questions de preuve en matière de reprises matrimoniales*, thèse Paris, 1900.
- GRINBERG et SIMON (Mlles) : *Les droits nouveaux de la femme mariée*, Paris, 1938.
- GUIBAL : *Les reprises mobilières de la femme sous les régimes de communauté conventionnelle et la loi du 29 avril 1924*, thèse Montpellier, 1929.
- GUYON : *La femme mariée commerçante sous le régime de la loi du 13 juillet 1907*, thèse Paris, 1910.
- GUYOT : *L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques*, thèse Dijon, 1910.
- HÉNAFF : *La question de la preuve des reprises mobilières*, thèse Rennes, 1926.
- HENRY : *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse Nancy, 1913.
- HUGÉ : *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, thèse Paris, 1902.
- HUMBERT : *La séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Paris, 1949.
- HURÉ : *La preuve des reprises mobilières des époux d'après la loi du 29 avril 1924*, thèse Paris, 1925.
- JAUBERT : *Les propres mobiliers dans la communauté légale*, thèse Bordeaux, 1942.
- JAUFFRET : *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, thèse Aix, 1926.
- JONESCO : *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, thèse Strasbourg, 1927.
- LA GORGE : *Le régime des biens de la femme mariée en droit anglais et en droit français comparé*, thèse Lille, 1934.
- LALOU : *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail et du travail de son mari*, Paris, 1910.
- *La pratique de l'inventaire dans les régimes de communauté depuis la loi du 29 avril 1924*, Paris, 1925.

- LAURENT : *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, thèse Caen, 1931.
- LAURIOL : *La subrogation réelle*, thèse Alger, 1952.
- LAVIELLE (Marie) : *L'usufruit universel*, thèse Toulouse, 1949.
- LECOURTOIS et SURVILLE : *La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage*, Paris, 1908.
- LÉCUYER : *De la fraude par le mari dans la gestion des biens communs en matière de communauté*, thèse Rennes, 1939.
- LEDUC : *La femme et les projets de loi relatifs à l'extension de sa capacité*, thèse Paris, 1898.
- LEFEBVRE : *Les obligations contractées par la femme commune en biens avec l'autorisation du mari (art. 1419)*, thèse Lille, 1909.
- LE HOUÉROU : *Représentation et habilitation judiciaire entre époux*, thèse Rennes, 1947.
- LEROY : *Le règlement des dépenses communes sous le régime de séparation de biens*, thèse Lille, 1939.
- LYON-CAEN : *La femme mariée allemande*, thèse Paris, 1903.
- MARCHAT : *L'intervention de la justice dans les rapports personnels entre époux*, thèse Paris, 1945.
- MARGAT : *La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire*, Paris, 1913.
- MARIN : *La loi du 22 septembre 1942 et les rapports pécuniaires entre époux*, thèse Aix, 1943.
- MARTIN : *Le droit de souscription aux augmentations de capital et la condition des titres souscrits par un époux commun en biens*, thèse Lille, 1944.
- MARTINOT : *L'opposition du mari à l'exercice par sa femme d'une profession séparée*, thèse Strasbourg, 1945.
- MASCAUX : *Des droits des créanciers de la femme mariée sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle*, thèse Paris, 1866.
- MAURIN : *De la séparation de biens avec société d'acquêts*, thèse Dijon, 1925.
- MEYSSON : *La répudiation des successions et des legs*, thèse Paris, 1931.
- MINARD : *Des droits et des pouvoirs du mari sur les valeurs mobilières de sa femme sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1901.
- MOISSINAC : *Essai sur la séparation de biens contractuelle*, thèse Paris, 1920.
- MOLINIÉ : *La situation juridique de la femme abandonnée de son mari*, thèse Paris, 1935.
- MORCHE : *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail*, thèse Rennes, 1901.
- MORIDE : *Des modifications apportées par la loi du 13 juillet 1907 au régime de la communauté légale*, thèse Paris, 1908.
- MOUREAUX et DUPUY : *Les conflits conjugaux devant la justice*, Paris, 1943.
- NILLUS (Renée) : *Capacité et pouvoirs de la femme en Allemagne et en France*, thèse Paris, 1937.
- NOUAILHAC : *Des obligations nées pendant le mariage sous les régimes de communauté et exclusifs de communauté*, thèse Bordeaux, 1907.
- PALEY : *Aspects nouveaux de l'intervention de la justice dans le jeu des régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1948.
- PELLET : *La femme séparée de fait et les tiers*, thèse Lyon, 1928.

- PERCEAU : *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage*, thèse Paris, 1908.
- PERRET : *Les projets de réforme du régime matrimonial de droit commun*, thèse Lille, 1934.
- PERROT (E.) : *Les pouvoirs de la femme exerçant une profession séparée*, thèse Paris, 1945.
- PERROT (J.) : *La création d'actions nouvelles lors d'une augmentation de capital et le régime de la communauté réduite aux acquêts*, thèse Paris, 1948.
- PETIT : *Du droit de jouissance du mari sur les biens personnels de la femme sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Rennes, 1902.
- PICARD (H.) : *La femme mariée en justice*, thèse Toulouse, 1909.
- PICARD : *Des successions échues à une femme mariée*, thèse Toulouse, 1949.
- PICHON : *Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du mariage*, Paris, 1908.
- PIFFRE DE VAUBAN : *Du caractère des actions nouvelles souscrites par une femme mariée en vertu d'un droit de préférence*, thèse Paris, 1923.
- PITEUX : *De la défense pour les époux de se constituer arbitrairement des propres pendant la communauté*, thèse Paris, 1908.
- PRIEUR : *De l'effet des obligations contractées par une femme mariée sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Dijon, 1887.
- RAILLARD : *Du droit de la femme mariée d'ester en justice*, thèse Paris, 1910.
- REDAUD : *Les parts sociales sous le régime de communauté*, thèse Paris, 1929.
- RIOU : *Le fonds de commerce dans les régimes matrimoniaux*, thèse Paris, 1952.
- ROCHE : *Les répercussions de la loi du 22 septembre 1942 sur l'exercice d'une profession séparée par la femme mariée*, thèse Grenoble, 1944.
- ROUBIER (Angèle) : *La représentation entre époux et la loi du 22 septembre 1942*, thèse Montpellier, 1944.
- SAVINAUD : *Le chef de famille*, thèse Paris, 1948.
- SAUJOT (Colette) : *La pénétration des idées séparatistes dans les régimes communautaires*, thèse Paris, 1954.
- TAPON : *La situation de la femme mariée dans le procès civil depuis la loi du 22 septembre 1942*, thèse Poitiers, 1946.
- TEANOR : *L'intervention du mari ou de justice au cas de successions échues à la femme sous le régime de la communauté légale*, thèse Strasbourg, 1949.
- TOURNIER : *De l'influence du mariage de la débitrice sur les droits de ses créanciers*, thèse Bordeaux, 1905.
- TRASBOT : *L'acte d'administration en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1921.
- TUMERELLE : *Les dettes contractées dans l'intérêt du ménage sous le régime de communauté*, thèse Paris, 1935.
- VACHENQ : *L'application pratique de la loi du 13 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse Aix, 1941.
- VEAUX : *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage (étude de la jurisprudence)*, thèse Rennes, 1925.
- VERDIÉ : *De la transmission de la propriété « mortis causa »*, thèse Bordeaux, 1899.
- VÉRON : *Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme*, thèse Paris, 1924.
- VIÉ (Mme Marie) : *La situation juridique de la femme mariée exerçant une profession séparée*, thèse Toulouse, 1945.

VINCENT : *Des incidences de la loi du 22 septembre 1942 sur la condition juridique de la femme mariée en dehors des stipulations du contrat de mariage*, thèse Montpellier, 1946.

VIUCHOUD : *L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité civile de la femme mariée*, thèse Paris, 1941.

C. — ARTICLES DE REVUE

AULAGNON : « L'intervention du juge à propos de l'exercice des droits des époux », *Mélanges Ripert*, 1950, T. I, pp. 390 et suiv.

BERNARD et BONNECASE : « La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1910, pp. 1 et suiv.

BONNECASE : « Une ère nouvelle dans la structure de la vie de la famille », *Rev. gén. de lég. et jur.*, 1938, pp. 16 et suiv.

BRUNET : « La capacité de la femme mariée en matière de succession et de partage », G.P. 1951-II, Doctr., pp. 41 et suiv.

CAPITANT : « Essai sur la subrogation réelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 1919, pp. 385 et suiv.

— « De la preuve des reprises sous le régime de la communauté depuis la loi du 29 avril 1924 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1924, pp. 485 et suiv.

— « L'abolition de l'incapacité de la femme mariée », D.H. 1932, Chron., pp. 37 et suiv.

CHARRON : « La souscription d'actions par la femme mariée », G.P. 1947, Doctr., p. 25.

CHARRONS (DES) : « L'incidence des augmentations de capital sur le patrimoine des époux », *Rev. Imp. et Soc.*, 1953, pp. 2640 et suiv.

CHAVANNE : « Les donations de biens communs et la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, pp. 36 et suiv.

CHÉRON : « La contribution des époux aux charges du ménage et la loi du 13 juillet 1907 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, pp. 747 et suiv.

CHOTEAU : « Nature et sanction de l'opposition du mari à l'exercice d'une profession par la femme », D. 1945, Chron., pp. 41 et suiv.

— « Du pouvoir prétendu de la femme d'obliger la communauté par ses dettes professionnelles hors ou contre la volonté du mari », D. 1946, Chron., pp. 65 et suiv.

— « Les dettes de communauté nées du chef de la femme recourant à l'autorisation judiciaire de l'article 217 », D. 1947, Chron., pp. 17 et suiv.

— « Domaines d'application comparée des articles 217 et 219 du Code civil », D. 1949, Chron., pp. 93 et suiv.

— « La réforme des régimes matrimoniaux », *Mélanges Ripert*, 1950, T. I, pp. 456 et suiv.

COSTE-FLORET : « Le remploi à retardement sous le régime de communauté », *Rev. trim. dr. civ.*, 1942, pp. 169 et suiv.

DALMIER : « Les comptes de banque complexes de la femme mariée », J.C.P. 1949-I, éd. Not. 747.

— « A propos de quelques modalités du fonctionnement des comptes en banque ouverts à des femmes mariées », J.C.P. 1951-I, éd. Not. 921.

— « Les clauses d'annexes de propres et les clauses de prélèvement à titre onéreux dans les contrats de mariage », J.C.P. 1953-I, éd. Not. 1068.

DERRIDA : « Le maniement des deniers par la femme commune en biens », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, pp. 270 et suiv.

- DESPIERROIS : « Des pouvoirs respectifs des époux communs en biens à l'effet de procéder au partage d'une succession échue à la femme », *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27029.
- « Pouvoirs de la femme commune en biens à l'effet de vendre seule un bien propre et d'effectuer le remploi du prix », *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27088.
 - « Les donations de biens communs par les deux époux depuis la loi du 22 septembre 1942 », *Rép. prat. not.*, 1953, art. 27190.
- ESMEIN : « Les modifications au droit des gens mariés par la loi du 22 septembre 1942 », *G.P. 1942-II, Doctr.*, pp. 45 et suiv.
- « Le compte en banque de la femme mariée », *G.P. 1943-I, Doctr.*, pp. 33 et suiv.
- FRÉJAVILLE : « Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours du mari », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, pp. 223 et suiv.
- « Le compte de banque de la femme mariée, dit *compte de ménage*, *J.C.P. 1943-I-364*.
 - « Des conséquences de l'autorisation de justice au cas de refus ou d'opposition du mari sous le régime de communauté », *J.C.P. 1943-I-369*.
 - « Les comptes en banque des femmes mariées », *J.C.P. 1943-I-373*.
 - « La subrogation consentie par la femme dans son hypothèque légale au profit d'un de ses créanciers personnels sans le concours du mari », *J.C.P. 1943-I-377*.
 - « Les répercussions de la capacité de la femme sur le régime de séparation de biens (ou dotal) avec société d'acquêts », *J.C.P. 1944-I-397*.
 - « Du droit de poursuite des créanciers d'une succession acceptée par la femme sans l'acquiescement du mari, lorsqu'aucun inventaire n'a été dressé », *J.C.P. 1945-I-475*.
 - « Observations sur l'article 1419 », *J.C.P. 1945-I-481*.
 - « L'option héréditaire de la femme commune en biens », *D. 1945, Chron.*, pp. 29 et suiv.
 - « Un texte à abroger : l'article 1450 du Code civil », *D. 1945, Chron.*, pp. 45 et suiv.
- FREYRIA : « Les moyens d'éviter dans les contrats de mariage les conséquences de la dépréciation de la monnaie », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, pp. 331 et suiv.
- GALLOO : « La renonciation par la femme seule à une succession mobilière », *Rép. prat. not.*, 1953, art. 27124.
- GRASSERIE (DE LA) : « Le libre salaire de la femme et la contribution des époux aux charges du ménage », *Lois nouv.*, 1907, pp. 465 et suiv.
- GUÉNÉE : « De l'indivisibilité de l'acceptation d'une hérédité », *Rev. crit.*, 1892, pp. 453 et suiv.
- HAMEL : « Les comptes en banque des femmes mariées et la monnaie scripturale », *D.C. 1943, Chron.*, pp. 13 et suiv.
- HOUIN : « Les incapacités », *Rev. trim. dr. civ.*, 1947, pp. 397 et suiv.
- JAUBERT : « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, pp. 75 et suiv.
- JUCLART (DE) : « Les pouvoirs de la femme commune en biens depuis la loi du 22 septembre 1942 », *J.C.P. 1943-I-327*.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : « La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », *J.C.P. 1943-I-304*.

- « La femme mariée commerçante », D.C. 1943, Chron., pp. 15 et suiv.
- KAYSER : « Les augmentations de capital des sociétés et le caractère des nouveaux droits sociaux dans le régime de la communauté d'acquêts », J.C.P. 1949-I-800.
- LALOU : « L'incapacité de l'homme marié », D.C. 1941, Chron., pp. 1 et suiv.
- LENOAN : « De la condition des actions de sociétés nominatives propres de la femme sous le régime de la communauté et l'exercice du droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles », *Rev. trim. dr. civ.*, 1922, pp. 356 et suiv.
- LYON-CAEN : « Notice sur la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée », *Ann. lég. étrang.*, 1907, pp. 187 et suiv.
- MAGUET : « Les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », *Journ. Not. et Avoc.*, 1942, art. 41338, et 1943, art. 41344.
- MASSUE (DE LA) : « Influence d'une entière et juste perspective de la loi du 13 juillet 1907 et de la loi du 18 février 1938 sur le droit de donner entre vifs des biens réservés », *Rev. crit.*, 1939, pp. 369 et suiv.
- MICHENET : « La femme mariée commerçante depuis la loi du 22 septembre 1942 », J.C.P. 1948-I, éd. Not. 706.
- « La situation juridique de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942 », J.C.P. 1948-I, éd. Not. 722.
- NERSON : « La publicité des hypothèques légales de la femme mariée et de l'incapable en tutelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, pp. 161 et suiv.
- PERREAU : « De la responsabilité du mari quant aux délits de sa femme », *Rev. crit.*, 1902.
- PICHON : « Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du ménage », *Rev. crit.*, 1908.
- PINSON : « Aliénation par la femme commune en biens d'un immeuble lui appartenant en nue-propriété, l'usufruit étant à un tiers », *Rép. prat. not.*, 1946, art. 26430.
- « Le sort sous le régime de communauté du bien acquis en remploi pour un prix supérieur aux deniers à remployer », *Rép. prat. not.*, 1951, art. 26994.
- « Donation à une femme mariée avec attribution du droit d'administration de jouissance et de disposition du bien donné », *Rép. prat. not.*, 1952, art. 27050.
- PLASSARD : « Des clauses relatives à la contribution aux charges du ménage sous le régime de séparation de biens », *Etudes Capitant*, pp. 643 et suiv.
- PONELLE : « Les successions échues à la femme et le droit de poursuite des créanciers depuis la loi du 18 février 1938 », C.P. 1938-II, Doctr., p. 5.
- PONSARD : « La présomption de communauté », *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, pp. 388 et suiv.
- RAISON : « La clause d'annexes de propres dans la communauté d'acquêts », *Journ. Not. et Avoc.*, 1942-273.
- « Séparation de biens avec société d'acquêts : vente par la femme seule d'un immeuble lui appartenant », *Journ. Not. et Avoc.*, 1952, art. 43805.
- RIPERT : « La femme mariée commerçante et la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. gén. dr. com.*, 1943, pp. 186 et suiv.
- ROUAST : « L'autorité dans la famille », *Sem. soc. Lyon*, 1925, pp. 175 et suiv.
- SAVATIER (R.) : « Commentaire de la loi du 29 avril 1924 », *Lois nouv.*, 1924-I-337.
- « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens », D.H. 1929, Chron., pp. 21 et suiv.

- « L'action des créanciers pour dettes de ménage contre les époux séparés de biens », D.H. 1935, Chron., pp. 25 et suiv.
- « L'évolution du régime de séparation de biens », *Rev. crit.*, 1937, pp. 48 et suiv.
- « Commentaire de la loi du 18 février 1938 », *Lois nouv.*, 1938-I-72.
- « La souscription d'actions ou de parts sociales par un époux commun en biens », J.C.P. 1944-I, éd. Not. 413.
- « Peut-on remédier dans le contrat de mariage à l'insécurité causée dans les rapports entre époux par l'instabilité de la monnaie ? », *Rép. prat. not.*, 1948, art. 26807.
- SINAY (Mme) : « Une réforme des régimes communautaires par la suppression du droit de jouissance de la communauté sur les biens propres des époux », J.C.P. 1950-I-878.
- SOLUS : « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, pp. 81 et suiv.
- SOURDOIS : « Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail et la loi du 13 juillet 1907 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, pp. 555 et suiv.
- THOMAS : « Etude sur la loi du 13 juillet 1907 », *Rev. gén. dr.*, 1911.
- VALÉRY : « Les femmes commerçantes et la loi du 13 juillet 1907 », *Ann. dr. com.*, 1907, pp. 396 et suiv.
- VANARD : « Les comptes de chèque de la femme mariée », *Rép. prat. not.*, 1943, art. 26125.
- VASSEUR : « La communauté légale et la communauté conventionnelle d'après l'avant-projet de Code civil », *Rev. trim. dr. civ.*, 1955, pp. 407 et suiv.
- VIAITE : « Commentaire de la loi du 29 avril 1924 », *Journ. Not. et Avoc.*, 1924, art. 33921.
- VIDEOQ : « Le régime matrimonial de droit commun doit-il être modifié et comment ? », in *Compte rendu du 52^e Congrès des Notaires de France*, 1953, « Le statut juridique de la femme mariée. »
- VOIRIN : « Notes parlementaires de droit civil du 13 mai au 18 juillet 1939 », *Rev. trim. dr. civ.*, 1939, pp. 851 et suiv.
- « Commentaire sur la loi du 22 septembre 1942 », D.C. 1943, L. 50 et suiv.
- « Portée et effets des actes par lesquels la femme commune en biens aliène ou engage ses propres sans que le mari intervienne pour renoncer aux droits de la communauté », J.C.P. 1944-I, éd. Not. 334.
- Le sort et les effets des acquisitions réalisées par la femme commune en biens sans l'intervention du mari », J.C.P. 1944-I, éd. Not. 395.
- « A propos de la femme mariée commerçante : la capacité de faire le commerce et les pouvoirs d'exploiter un fonds de commerce », J.C.P. 1945-I, éd. Not. 451.
- WAHL : « Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire d'actions sur les titres, leurs produits et leurs accessoires », *Journ. soc.*, 1925, art. 3089.
- WEILL : « La protection de la femme commune en biens et le crédit du ménage », *Mélanges Ripert*, 1950, T. I, pp. 362 et suiv.

D. — NOTES DE JURISPRUDENCE

- AULACNON : J.C.P. 1941-II-1701, sous Paris, 7 décembre 1940.
 BEQUÉ : J.C.P. 1943-II-2452, sous Trib. civ. Seine, 6 juillet 1943.

- BLIN : J.C.P. 1955-II-8529, sous Cass. civ., 17 janvier 1955.
- BOÉ : J.C.P.N. 1945-II-2847, sous Cass. req., 16 mai 1944.
- BOITARD : S. 1943-II-13, sous Paris, 7 décembre 1940.
- BRUNET : J.C.P. 1941-II-1690, sous Trib. civ. Sables-d'Olonne, 4 juin 1941; S. 1954-I-29, sous Cass. civ., 17 juin 1952.
- CAPITANT : D. 1903-II-433, sous Agen, 24 mars 1902; D.P. 1930-I-129, sous Cass. ch. réun., 3 juillet 1930.
- CARBONNIER : D. 1947-399, sous Poitiers, 13 novembre 1946.
- CENDRIER : D.P. 1932-II-169, sous Trib. civ. Laval, 27 juillet 1932.
- COLOMER : J.C.P. 1956-II-9579, sous Cass. civ., 2 mars 1956.
- DERRIDA : D. 1949-271, sous Alger, 30 janvier 1947.
- DROUILLAT : S. 1950, Chron. 26, sous Cass. com., 28 décembre 1949.
- DURAND : S. 1937-I-57, sous Cass. civ., 18 décembre 1935.
- ESPAGNO : J.C.P.N. 1954-II-8366, sous Amiens, 28 octobre 1953.
- FRÉJAVILLE : D.P. 1936-I-133, sous Cass. civ., 18 décembre 1935; D.C. 1943-97, sous Douai, 19 février 1943; D.C. 1944-21, sous Trib. civ. Nîmes, 16 décembre 1942, et Trib. civ. Caen, 24 décembre 1942; J.C.P. 1944-II-2644, sous Poitiers, 2 février 1944; D. 1945-196, sous Trib. civ. Rouen, 28 novembre 1944; J.C.P. 1953-II-7772, sous Trib. civ. Seine, 9 juillet 1953.
- GUILLOUARD : D. 1904-I-105, sous Cass., 25 janvier 1904.
- KAYSER : J.C.P. 1951-II-6326, sous Agen, 21 juin 1950.
- LABBÉ : S. 1878-I-5, sous Cass. req., 14 mars 1877.
- LENOAN : D. 1950-753, sous Cass. civ., 30 octobre 1950; D. 1952-469, sous Cass. civ., 20 mai 1952; D. 1955-517, sous Cass. civ., 31 janvier 1955.
- LYON-CAEN : S. 1904-I-305, sous Cass., 25 janvier 1904.
- MADRAY : J.C.P. 1941-II-1664, sous Trib. civ. Seine, 25 avril 1941, et Trib. civ. Toulouse, 13 mai 1941.
- MOREL : S. 1939-I-137, sous Cass. req., 17 mai 1938.
- NAST : D.P. 1924-II-121, sous Paris, 20 novembre 1923; D.P. 1935-I-73, sous Cass. req., 31 octobre 1934; D.P. 1937-II-63, sous Lyon, 6 novembre 1935; D.P. 1939-II-60, sous Trib. civ. Laval, 25 janvier 1939; D.P. 1939-II-73, sous Trib. civ. Seine, 17 et 24 novembre 1938.
- RADOUANT : J.C.P. 1942-II-1794, sous Cass. civ., 6 octobre 1941.
- RAYNAUD : S. 1945-II-57, sous Paris, 11 décembre 1943; S. 1946-II-101, sous Agen, 11 juillet 1945; S. 1949-II-1, sous Douai, 26 janvier 1948; J.C.P. 1951-II-6016, sous Cass. civ., 30 octobre 1950.
- SAVATIER : J.C.P.N. 1946-II-3016, sous Trib. civ. Rouen, 12 septembre et 28 novembre 1944; J.C.P. 1947-II-3887, sous Poitiers, 13 novembre 1946; D. 1952-147, sous Orléans, 11 avril 1951.
- VOIRIN : J.C.P. 1944-II-2524, sous Trib. civ. Caen, 7 juillet 1943; J.C.P. 1952-II-7195, sous Nancy, 24 juillet 1952.
- VOUIN : J.C.P. 1950-II-5438 bis, sous Douai, 26 janvier 1948.
- WALINE : D. 1945-60, sous C.E., 19 février 1943.
- WEILL : D. 1947-440, sous Trib. civ. Limoges, 18 octobre 1946; D. 1953-1, sous Cass. civ., 17 juin 1952; D. 1953-620, sous Trib. civ. Thionville, 29 août 1952; D. 1956-625, sous Cass. civ., 2 mars 1956.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
1. Nécessité d'assortir la capacité de la femme mariée de pouvoirs. — 2. Notions de capacité et de pouvoirs. — 3. Les pouvoirs de la femme doivent principalement exister sur ses biens personnels et les biens réservés. — 4. Les difficultés rencontrées. — 5. L'évolution historique. — 6. Intérêt actuel du sujet. — 7. Plan.	

PREMIERE PARTIE

LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS ET LES PRINCIPES COMMUNAUTAIRES	17
8. Délimitation et plan.	

TITRE PRELIMINAIRE

LES PRINCIPES COMMUNAUTAIRES.....	19
9. Le droit de jouissance. — 10. La présomption de communauté. — 11. Elimination des articles 217-219 du Code civil.	

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT DE JOUISSANCE DE LA COMMUNAUTÉ SUR LE PATRIMOINE PERSONNEL DES ÉPOUX	21
12. Raison d'être du droit de jouissance. — 13. Nécessité pour la femme commune en biens de le respecter. — 14. Intérêts d'une étude approfondie.	

SECTION I

<i>Le droit de jouissance équivaut d'un usufruit.....</i>	23
I. — Justification et exposé de la théorie.....	23
15. Arguments de texte. — 16. Arguments tirés du fonctionnement de ce droit. — 17. Le droit de jouissance, usufruit légal... — 18. ...caractérisé par son but et différent d'un usufruit ordinaire. — 19. ...au point de vue des droits. — 20. ...des obligations. —	

21. ... de l'extinction. — 22. Répercussions sur les pouvoirs de la femme. — 23. L'administration des propres. — 24. Les actes de disposition.

II. — Critique de la théorie qui assimile le droit de jouissance à un usufruit 31

25. Rejet de la théorie de la personnalité morale de la communauté. — 26. L'absence d'opposition d'intérêts. — 27. Explication de l'application de certaines règles relatives à l'usufruit. — 28. L'assimilation à un usufruit est historiquement une conséquence de l'incapacité de la femme mariée... — 29. ... qui doit disparaître.

SECTION II

La véritable nature juridique du droit de jouissance..... 39

30. C'est une institution *sui generis*.

I. — Le but et la portée du droit de jouissance..... 39

31. La contribution aux charges du ménage... — 32. ... raison d'être du droit de jouissance. — 33. ... mais aussi sa limite. — 34. Il doit subir les fluctuations des patrimoines. — 35. Ce qui rétablit l'équilibre entre les pouvoirs du mari et ceux de la femme.

II. — La primauté de l'intérêt de la famille..... 43

36. Préoccupation essentielle du législateur. — 37. Le choix de la résidence du ménage. — 38. L'exercice d'une profession séparé. — 39. Nullité des aliénations frauduleuses de biens communs. — 40. Nécessité de reconnaître une action en nullité au mari pour faire tomber les actes de la femme contraires à l'intérêt de la famille.

CHAPITRE II

LA PRÉSUMPTION DE COMMUNAUTÉ..... 47

41. Le double rôle de la présomption.

SECTION I

La portée de la présomption de communauté..... 49

42. Personnes pouvant l'invoquer. — 43. Théorie extensive. — 44. Les créanciers de la communauté. — 45. Personnes contre lesquelles la présomption peut être invoquée.

SECTION II

La preuve contraire..... 52

46. Historique.

I. — Preuve à l'égard du mari..... 55

47. ... en matière immobilière. — 48. ... en matière mobilière. — 49. Le mobilier futur. — 50. Le mobilier présent.

II. — Preuve à l'égard des créanciers de la communauté..... 58

51. ... en matière immobilière. — 52. ... en matière mobilière. — 53. Preuve contraire conforme au droit des obligations... — 54. ... au droit commun du régime de communauté. — 55. Application des principes généraux.

TITRE PREMIER

LES ALIÉNATIONS ET LES OBLIGATIONS RÉALISÉES PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR SON PATRIMOINE PERSONNEL	63
56. Délimitation et plan.	

CHAPITRE PREMIER

LES ALIÉNATIONS A TITRE ONÉREUX RÉALISÉES PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR SON PATRIMOINE PERSONNEL.....	65
57. Historique. — 58. Plan.	

SECTION I

<i>La vente en « nue-propiété » et la possibilité d'un recours en justice sur la base des articles 217-219.....</i>	69
I. — La vente en « nue-propiété ».....	69
59. Théorie refusant à la femme le droit d'aliéner ses propres. — 60. Sa réfutation.	
A) Condition du tiers acquéreur.....	72
61. Comparaison avec la situation d'un acquéreur de nue-propiété.	
1° Les causes d'extinction du droit de jouissance	72
62. Les règles spéciales du régime de communauté avantagent l'acquéreur.	
2° Les garanties de restitution.....	74
63. Elles sont moins importantes qu'en cas d'usufruit. — 64. La séparation de biens. — 65. L'application de la théorie de la fraude. — 66. L'hypothèque légale.	
3° L'administration du bien vendu.....	75
67. Les pouvoirs du mari sont supérieurs à ceux d'un usufruitier.	
B) Condition de la femme venderesse.....	77
68. Idée générale.	
1° Le paiement du prix de vente.....	77
69. Théorie permettant à la femme de toucher le prix de vente. — 70. Sa réfutation. — 71. Cas spécial de la femme séparée de fait.	
2° Les comptes à la dissolution de la communauté.....	80
72. La femme serait tenue de payer des indemnités qu'elle ne pourrait récupérer sur l'acquéreur. — 73. Réfutation.	
II. — Le recours à la justice sur la base des articles 217-219.....	82
74. Les principes généraux. — 75. Les questions spéciales aux aliénations.	
A) Le choix entre les articles 217 et 219.....	83
76. Théorie l'admettant. — 77. Sa réfutation.	
B) Le cumul des articles 217-219.....	85
78. La théorie du cumul. — 79. Sa réfutation.	

SECTION II

<i>Critiques de l'aliénation en « nue-propiété » et essai de solution.....</i>	87
I. — Critiques soulevées par l'aliénation en « nue-propiété ».....	87
80. Le déséquilibre au détriment du mari. — 81. Le déséquilibre au détriment de la femme. — 82. L'impossibilité d'assimiler le droit de jouissance à un usufruit même dans la théorie admettant la vente en « nue-propiété ».	
II. — Essai de solution.....	90
83. La vente en pleine propriété. — 84. L'annulation des actes contraires à l'intérêt de la famille.	

CHAPITRE II

LES OBLIGATIONS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS AGISSANT SEULE.....	93
85. Le principe de la corrélation entre l'actif et le passif. — 86. L'incidence des pouvoirs des époux. — 87. Plan.	

SECTION I

<i>Les obligations de la femme antérieures au mariage.....</i>	94
88. L'obligation d'une date certaine antérieure au mariage. — 89. Les faits donnant date certaine. — 90. Critique de l'article 1410.	

SECTION II

<i>Les obligations de la femme postérieures au mariage.....</i>	98
91. Le problème.	
I. — Les obligations délictuelles ou quasi délictuelles.....	98
92. Historique. — 93. Le conflit entre la Cour de cassation et certaines Cours d'appel. — 94. Essai de solution.	
II. — Les obligations contractuelles.....	104
95. Délimitation.	
A) Les obligations personnelles.....	104
96. Le Code civil de 1804. — 97. L'obligation de la « nue-propiété » des propres. — 98. Le recours à l'article 217. — 99. La subrogation à l'hypothèque légale. — 100. L'obligation de la peine propriété des propres.	
B) Les obligations ménagères.....	108
101. Le principe de la non-obligation des propres de la femme. — 102. L'arrêt de la Cour de Paris.	
103. Conclusion du titre.	

TITRE II

LES ACQUISITIONS REALISEES PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS	113
104. Le problème.	

Sous-titre premier

LES ACQUISITIONS A TITRE ONEREUX.....	115
105. Plan.	

CHAPITRE PREMIER

LES ACQUISITIONS A TITRE ONÉREUX RÉALISÉES PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS EN SON NOM PERSONNEL ET QUI TOMBENT EN COMMUNAUTÉ.....	117
106. Le problème.	

SECTION I

<i>L'entrée en communauté des acquisitions à titre onéreux réalisées au cours du mariage</i>	117
I. — Exposé du principe.....	117
107. Les textes. — 108. Principe contesté. — 109. Nécessité du principe.	
II. — Application du principe aux acquisitions réalisées par la femme commune en biens.....	121
110. Les raisons d'en douter. — 111. L'application du principe.	
III. — Pouvoirs de la femme commune en biens à l'effet d'acquérir des biens communs.	
112. Théorie les niant. — 113. Sa réfutation.	

SECTION II

<i>Conséquences pratiques de l'acquisition</i>	124
114. Le problème.	
I. — L'obligation au paiement du prix.....	125
A) Action du vendeur contre la femme.....	125
115. La femme ne peut payer personnellement. — 116. L'obligation de ses propres.	
B) Action du vendeur contre la communauté.....	127
117. Le vendeur ne peut se faire payer par la communauté. — 118. Son privilège. — 119. L'action résolutoire. — 120. L'action <i>de in rem verso</i> . — 121. L'action de gestion d'affaires.	
C) Le recours à la justice sur la base des articles 217-219.....	133
122. Le refus basé sur l'article 217. — 123. Refus du recours basé sur l'article 219.	
II. — La contribution au paiement du prix.....	135
124. Le déséquilibre au détriment de la femme. — 125. Nécessité d'une intervention législative.	

CHAPITRE II

LES ACQUISITIONS A TITRE ONÉREUX RÉALISÉES PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS EN SON NOM PERSONNEL ET QUI FONT PARTIE DE SON PATRIMOINE PROPRE	139
126. Plan.	

SECTION I

<i>Les immeubles propres en vertu de l'idée de conservation des biens dans les familles</i>	140
127. Les deux hypothèses à envisager.	
I. — Les immeubles acquis par la femme en arrangement de famille.....	141
128. L'article 1406.	
II. — Les acquisitions de parts indivises dont la femme était copropriétaire	141
129. Le problème.	
A) Acquisition par la femme seule.....	142
130. Les difficultés pratiques. — 131. L'explication de la règle légale. — 132. Son champ d'application.	
B) Acquisition par le mari : le retrait d'indivision.....	144
133. Les différentes hypothèses. — 134. Le véritable retrait. — 135. Un régime de faveur pour la femme.	

SECTION II

<i>Les accroissements de propres</i>	146
136. Le problème. — 137. L'évolution jurisprudentielle. — 138. Plan.	
I. — L'accession par incorporation d'un bien nouveau à un autre bien préexistant dans le patrimoine personnel de la femme.....	148
139. L'arrêt de la Cour de Douai. — 140. Les critiques doctrinales. — 141. Le champ d'application de l'accession.	
II. — La souscription d'actions ou de parts sociales par la femme commune en biens titulaire d'un droit préférentiel de souscription.....	151
142. Le problème.	
A) L'exercice du droit de souscription par la femme seule.....	151
143. Nature juridique du droit de souscription. — 144. Seule la femme peut souscrire. — 145. Les difficultés pratiques.	
B) Le sort des actions souscrites en vertu d'un droit de préférence.....	156
146. Incorporation des réserves. — 147. Droit préférentiel et deniers communs. — 148. L'action nouvelle accessoire des titres anciens. — 149. Le sort de l'action dépend de la personne qui souscrit. — 150. Les actions nouvelles toujours communes. — 151. L'action nouvelle aurait un caractère mixte. 152. Solution proposée : application de l'accession.	
III. — Les clauses d'annexes de propres.....	163
153. Leur but. — 154. La clause de stipulation de propres. — 155. La clause de prélèvement facultatif.	

SECTION III

<i>Les propres par subrogation réelle</i>	166
156. L'évolution de la notion de subrogation réelle.	
I. — L'échange	169
157. Plan.	
A) Capacité et pouvoirs de la femme commune en biens en matière d'échange	169
158. L'échange de la « nue-propriété ». — 159. L'échange de la pleine propriété.	

B) L'échange avec soulté.....	170
160. Le problème. — 161. Théorie du caractère propre. — 162. Théorie du caractère mixte. — 163. Solution proposée : vente ou échange suivant la valeur de la soulté.	
II. — Le remploi	175
164. Le problème.	
A) Nature juridique des règles formulées par les articles 1434 et 1435....	176
165. Théorie en faisant des conditions de fond. — 166. Sa réfutation.	
B) Capacité et pouvoirs de la femme commune en biens pour effectuer le remploi d'un de ses propres.....	178
167. La jurisprudence de la Cour de cassation. — 168. Les difficultés pratiques. — 169. L'hostilité de la doctrine et sa critique.	
C) Le remploi avec soulté.....	181
170. Les solutions doivent être les mêmes que pour l'échange.	
171. Conclusion du sous-titre.	

SOUS-TITRE II

LES SUCCESSIONS ECHUES A LA FEMME COMMUNE EN BIENS...	185
172. Le problème.	

CHAPITRE PREMIER

L'OPTION HÉRÉDITAIRE DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS.....	187
173. Le problème.	

SECTION I

<i>L'acceptation pure et simple d'une succession</i>	188
174. Le Code civil. — 175. La loi de 1938. — 176. La loi de 1942.	

SECTION II

<i>L'acceptation sous bénéfice d'inventaire</i>	192
177. I. — La capacité de principe.....	
192	
II. — Les difficultés pratiques.....	
193	
178. La déclaration au greffe. — 179. L'inventaire. — 180. Assimilation pour le partage aux règles régissant une acceptation pure et simple.	

SECTION III

<i>La renonciation</i>	196
181. Le problème.	
I. — La femme commune en biens peut renoncer seule.....	197
182. Théorie lui refusant le droit de renoncer seule. — 183. La sanction. — 184. Critique de cette théorie.	
II. — Le recours du mari, chef de la communauté, en cas de renonciation abusive de la part de la femme.....	201
185. Sa nécessité.	

A) Le recours à la justice sur le fondement de l'article 219.....	202
186. L'élimination de l'article 217. — 187. Les effets du recours à l'article 219.	
B) L'annulation de la renonciation frauduleuse de la femme.....	203
188. Rôle de la notion de fraude sous le régime de communauté. — 189. Son application à la renonciation.	

CHAPITRE II

LE PASSIF DES SUCCESSIONS ÉCHUES A LA FEMME COMMUNE EN BIENS.....	205
190. Le problème.	

SECTION I

<i>Le droit de poursuite des créanciers héréditaires</i>	206
191. Le Code civil. — 192. Plan.	
I. — L'acceptation par la femme seule.....	207
193. Idée générale.	
A) Les créanciers héréditaires doivent d'abord exercer leurs poursuites sur les biens de la succession.....	208
194. Explication et critique de cette règle.	
B) En cas d'insuffisance de l'hérédité, les créanciers peuvent poursuivre les biens personnels de la femme, mais ils doivent respecter le droit de jouissance de la communauté.....	208
195. La saisie de la « nue-propriété ». — 196. Critique. — 197. Le défaut d'inventaire... — 198. ...imputable au mari. — 199. ...imputable à la femme.	
II. — L'acquiescement du mari à l'acceptation de la femme.....	212
200. Ses effets. — 201. Ses modalités.	
III. — L'autorisation de justice	213
202. Le recours à l'article 217.	

SECTION II

<i>La contribution aux dettes héréditaires</i>	215
203. Le problème. — 204. La preuve de la consistance de l'actif.	

CHAPITRE III

LES OPÉRATIONS DE LIQUIDATION ET DE PARTAGE D'UNE SUCCESSION ÉCHUE A LA FEMME COMMUNE EN BIENS.....	217
205. Le problème.	

SECTION I

<i>Le partage d'une succession échue à la femme commune en biens</i>	218
206. La distinction essentielle.	
I. — Tous les biens de la succession provenant à la femme tombent dans son patrimoine propre.....	218
207. Théorie déniaut à la femme le droit d'agir seule. — 208. Sa réfutation. — 209. Les opérations accessoires au partage.	

II. — Tous les biens de la succession provenant à la femme tombent en communauté	221
210. Théorie admettant le droit d'agir de la femme. — 211. Sa réfutation. — 212. Le recours à l'article 217.	

III. — Les biens de la succession tombent en partie en communauté et pour le surplus restent propres à la femme.....	222
213. Nécessité du concours des deux époux.	

SECTION II

<i>L'appréhension de biens héréditaires.....</i>	224
214. Prérogative exclusive du mari. — 215. Le recours à l'article 217.	
216. Conclusion du sous-titre.	

TITRE III

L'EXERCICE DES ACTIONS EN JUSTICE PAR LA FEMME COMMUNE EN BIENS	229
217. Le problème.	

CHAPITRE PREMIER

LA QUALITÉ DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS POUR AGIR EN JUSTICE.....	231
218. Le problème.	

SECTION I

<i>L'exercice des actions mobilières et possessoires.....</i>	231
219. Idée générale.	

I. — En principe, c'est le mari qui a qualité pour exercer les actions mobilières et possessoires relatives aux propres de la femme.....	232
220. Explication historique. — 221. Critique pour les actions mobilières sous le Code civil... — 222. ...en droit moderne. — 223. Justification pour les actions possessoires.	

II. — Exercice des actions mobilières et possessoires par la femme en cas de carence du mari.....	234
224. Justification.	

III. — Exercice des actions en réparation d'un préjudice personnel subi par la femme.....	235
225. Le problème.	

A) Nature juridique de la créance d'indemnité pour préjudice personnel subi par la femme.....	236
226. Distinction.	

1° La créance d'indemnité compensatrice du dommage corporel.....	236
227. Théorie la faisant entrer en communauté. — 228. Sa critique. — 229. Les systèmes transactionnels. — 230. La créance d'indemnité constitue un propre.	

2° La créance d'indemnité compensatrice du dommage moral.....	240
231. Son caractère propre.	

- B) La qualité pour exercer les actions à caractère personnel appartenant à la femme..... 240
232. Théorie donnant l'action au mari. — 233. L'action appartient à la femme. — — 234. Dommage causé par le mari à la femme. — 235. L'interdiction des actions entre époux durant le mariage. — 236. Réfutation.

SECTION II

- L'exercice des actions immobilières pétitoires*..... 245
237. Le droit exclusif de la femme.

CHAPITRE II

- LA CAPACITÉ DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS D'AGIR EN JUSTICE..... 249
238. Le problème.

SECTION I

- La capacité de principe*..... 249
239. Le Code civil de 1804. — 240. Les hésitations jurisprudentielles. — 241. La capacité.

SECTION II

- Les difficultés pratiques*..... 253
242. Idée générale.
- I. — Le paiement des frais du procès..... 253
243. La femme n'a pas le maniement des deniers. — 244. Le recours à l'article 217.
- II. — Effets à l'égard du mari du procès soutenu par la femme seule.... 255
245. L'inopposabilité au mari. — 246. Les actions immobilières pétitoires.
247. Conclusion de la première partie.

DEUXIEME PARTIE

- LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS ET LES PRINCIPES SEPARATISTES..... 259
248. Le problème.

TITRE PRELIMINAIRE

- LES PRINCIPES SEPARATISTES EN CONFLIT AVEC LES PRINCIPES COMMUNAUTAIRES 261
249. L'opposition entre ces principes.

CHAPITRE PREMIER

- LE DROIT DE JOISSANCE DE LA COMMUNAUTÉ ET LES PRINCIPES SÉPARATISTES.. 263
250. Le problème.

SECTION I

<i>Atténuation du droit de jouissance</i>	264
---	-----

251. Le droit de disposition de la femme exerçant une profession séparée. — 252. Le maintien de certaines prérogatives du mari, attachées au droit de jouissance. — 253. Le droit de regard du chef de la communauté.

SECTION II

<i>Disparition du droit de jouissance</i>	265
---	-----

254. Le régime de séparation de biens avec société d'acquêts. — 255. Les droits d'administration et de jouissance sur certains propres, stipulés dans le contrat de mariage. — 256. Donation ou legs d'un bien avec octroi du droit de jouissance. — 257. Validité de cette stipulation. — 258. Cas spécial de la femme héritière réservataire. — 259. Difficultés soulevées par les donations entre vifs. — 260. Théorie admettant l'inaliénabilité des biens donnés. — 261. Sa réfutation. — 262. Conclusion.

CHAPITRE II

LA PRÉSUMPTION DE COMMUNAUTÉ ET LES PRINCIPES SÉPARATISTES.....	271
---	-----

263. Le problème.

SECTION I

<i>L'application de la présomption de communauté</i>	272
--	-----

264. Le régime de séparation de biens avec société d'acquêts. — 265. Les biens réservés. — 266. La loi de 1907. — 267. La loi de 1938. — 268. La loi de 1942. — 269. Théorie de M. Julliot de la Morandière. — 271. Le maintien de la présomption de communauté. — 272. Son extension aux régimes séparatistes.

SECTION II

<i>La force de la présomption de communauté</i>	277
---	-----

273. Sous le régime de séparation de biens avec société d'acquêts. — 274. Les biens réservés. — 275. Rejet de l'assimilation de la preuve des biens réservés à la preuve des reprises. — 276. Preuve contraire par tous moyens, excepté la commune renommée. — 277. Conclusion.

TITRE PREMIER

LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR LES BIENS PERSONNELS DONT ELLE A L'ADMINISTRATION ET LA JOUISSANCE.....	281
---	-----

278. Le problème.

CHAPITRE PREMIER

LES ACTES D'ADMINISTRATION.....	283
---------------------------------	-----

279. Plan.

SECTION I

- Le principe de la liberté d'administration de ses propres par la femme..* 284
 280. Evolution historique depuis le Code civil.

SECTION II

- Le compte en banque personnel.....* 285
 281. Possibilité pour la femme de se faire ouvrir un compte en banque personnel. — 282. Les conditions d'ouverture : production d'un extrait du contrat de mariage. — 283. Absence de notification au mari. — 284. La preuve de l'origine des deniers.

SECTION III

- Les pouvoirs de la femme sur les revenus de ses propres.....* 288
 285. Le problème. — 286. Les clauses du contrat de mariage. — 287. Les difficultés soulevées par l'absence de clauses. — 288. Il n'y a pas de principe de solution en jurisprudence. — 289. Théorie distinguant entre les revenus et les économies. — 290. Sa réfutation. — 291. Théorie permettant à la femme de garder les économies réalisées.

CHAPITRE II

- LES ACTES DE DISPOSITION ET LES ACQUISITIONS..... 293
 292. Le problème.

SECTION I

- Les actes de disposition.....* 294
 293. Plan.

- I. — Les aliénations..... 294
 294. — L'aliénation en pleine propriété et l'absence de contrôle du chef de la société d'acquêts. — 295. Les aliénations à titre gratuit. — 296. L'encaissement du prix des aliénations à titre onéreux.

- II. — Les obligations 297
 297. L'engagement de la pleine propriété des propres. — 298. Les dettes antérieures au mariage. — 299. Le passif successoral. — 300. Les autres dettes postérieures au mariage.

SECTION II

- Les acquisitions.....* 298
 301. Les acquisitions à titre gratuit. — 302. Les acquisitions à titre onéreux. — 303. Le paiement du prix. — 304. L'entrée en communauté des acquisitions à titre onéreux. — 305. Le remploi. — 306. Le remploi par anticipation. — 307. Impossibilité d'admettre le jeu de la subrogation réelle de plein droit. — 308. Conclusion du titre.

TITRE II

- LES POUVOIRS DE LA FEMME EXERÇANT UNE PROFESSION
 SEPARÉ 307
 309. Le problème. — 310. La notion de profession séparée.

CHAPITRE PREMIER

LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR SON PATRIMOINE PERSONNEL	311
311. Plan.	

SECTION I

<i>Les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel, en cas de non-opposition du mari à l'exercice d'une profession séparée</i>	311
312. Le problème.	
I. — Les pouvoirs de la femme exerçant une profession commerciale.....	312
313. L'aliénation de la pleine propriété des propres. — 314. L'encassement du prix. — 315. Comparaison avec les pouvoirs de la femme commune en biens ordinaire.	
II. — Les pouvoirs de la femme exerçant une profession non commerciale	313
316. Les textes. — 317. La théorie de M. Voirin. — 318. Sa réfutation. — 319. L'assimilation des professions non commerciales aux professions commerciales.	

SECTION II

<i>Les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel en cas d'opposition du mari à l'exercice d'une profession séparée.....</i>	317
320. La loi de 1938. — 321. Le problème sous l'empire de la loi de 1942.	
I. — La théorie de l'inopposabilité.....	320
322. Exposé. — 323. Les arguments invoqués.	
II. — La théorie de la nullité.....	321
324. — Nécessité d'adopter cette théorie... — 325. ...en raison des objections soulevées par la thèse de l'inopposabilité. — 326. Nullité dans l'intérêt de la famille. — 327. Consécration de la théorie de la nullité par la jurisprudence. — 328. Comparaison avec la nullité admise en cas d'aliénation de ses propres par la femme commune en biens ordinaire. — 329. Les contrats à exécution successive. — 330. Critique des solutions de l'avant-projet de Code civil.	

SECTION III

<i>Les pouvoirs de la femme commune en biens sur son patrimoine personnel en cas de mainlevée judiciaire de l'opposition du mari.....</i>	328
331. Historique. — 332. Procédure. — 333. Plan.	
I. — Les motifs entraînant la mainlevée judiciaire de l'opposition.....	330
334. Les deux conceptions : la conception objective... — 335. ...la conception subjective. — 336. Arguments théoriques en faveur de la conception objective. — 337. Les antécédents jurisprudentiels invoqués. — 338. Critique de la conception objective. — 339. Comparaison avec l'annulation des actes frauduleux. — 340. Consécration de la conception subjective par la jurisprudence. — 341. Critique de l'avant-projet de Code civil.	
II. — Les effets de la mainlevée judiciaire de l'opposition.....	338
342. Théorie de l'engagement de la nue-propriété des propres. — 343. L'engagement de la pleine propriété. — 344. L'autorisation de	

justice fondement des pouvoirs de la femme. — 345. Le pouvoir propre de la femme à l'effet d'engager la communauté.

346. Conclusion du chapitre.

CHAPITRE II

LES POUVOIRS DE LA FEMME COMMUNE EN BIENS SUR LE PATRIMOINE RÉSERVÉ..	343
347. Le Code civil de 1804. — 348. Les réformes partielles. — 349. Les tentatives doctrinales. — 350. La loi de 1907. — 351. La loi de 1942. — 352. Le problème actuel.	

SECTION I

<i>Les actes d'administration</i>	348
353. Les incertitudes sous la loi de 1907. — 354. Le principe de la liberté d'administration. — 355. Le compte en banque : ses conditions d'ouverture. — 356. Son fonctionnement. — 357. L'attitude libérale des services de chèques postaux.	

SECTION II

<i>Les aliénations</i>	353
I. — Les aliénations à titre onéreux.....	353
358. Nécessité de faire prévaloir l'intérêt de la famille. — 359. La suppression du retrait entraîne un déséquilibre au détriment du mari. — 360. Le maintien de la présomption d'acquêts, obstacle important aux pouvoirs de la femme.	
II. — Les aliénations à titre gratuit.....	355
361. Le legs des biens réservés. — 362. L'interdiction originaire des donations entre vifs. — 363. La loi de 1919. — 364. Les discussions sous l'empire de la loi de 1938. — 365. Critique de la loi de 1942 : nécessité d'exiger le concours des deux époux.	

SECTION III

<i>Les obligations</i>	359
366. Le problème.	
I. — Les obligations personnelles de la femme.....	359
367. Les difficultés sous la loi de 1907. — 368. L'exécution de toutes les dettes de la femme sur les biens réservés méconnaît l'intérêt de la famille.	
II. — Les dettes contractées dans l'intérêt du ménage.....	361
369. L'importance des dettes ménagères. — 370. La notion d'obligation contractée dans l'intérêt du ménage. — 371. Les poursuites sur les biens réservés.	

SECTION IV

<i>Les acquisitions</i>	364
372. Comparaison avec les acquisitions réalisées par la femme commune en biens ordinaire. — 373. Le jeu de la subrogation réelle.	

SECTION V

<i>Les actions en justice</i>	365
-------------------------------------	-----

374. Les incertitudes sous la loi de 1907. — 375. La qualité et la capacité d'agir en justice.

376. Conclusion du chapitre.

CONCLUSION	369
------------------	-----

377. Le conflit entre l'intérêt de la femme et l'intérêt de la famille. — 378. Les résultats obtenus. — 379. Application aux pouvoirs de la femme sur les biens réservés... — 380. ...aux pouvoirs du mari. — 381. Critique de l'avant-projet de Code civil.

BIBLIOGRAPHIE	375
---------------------	-----

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris — N° 606
Dépôt légal : 4^e trim. 1958

Printed
in France

IMPRIMERIE GAMARD
17, Rue Raspail - Cachan (Seine)
— TYPOGRAPHIE VANÇON —
N° 307 5-12-58

